
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Obsequio de los Traductores

Herrn Dr. W. Starke — Geheimer Ober Justizrath und vortragender Rath im Justiz-Ministerium — Berlin —

PROGRAMA

DEL

Curso de derecho criminal.

PARTE GENERAL.

PROGRAMA

DEL

CURSO DE DERECHO CRIMINAL

DESARROLLADO EN LA UNIVERSIDAD DE PISA

POR EL PROFESOR

FRANCISCO CARRARA.

TRADUCIDO POR

Octavio Béeche y Alberto Gallegos.

PARTE GENERAL.

TOMO I.

TIPOGRAFÍA NACIONAL.

San José.—Costa Rica.

1889.

PREFACIO DE LOS TRADUCTORES.

Cuando hace dos años asistíamos á las clases universitarias, tuvimos ocasión de observar la falta de un texto para la de Derecho Penal.

Existen muchísimas obras notables sobre este ramo del Derecho Público; pero todas ellas, ó son demasiado extensas para un curso escolar ó bien son monografías ó comentarios especiales de determinadas legislaciones.

Se pensó en un principio que la obra de Adolfo Franck podría llenar aquella necesidad; pero pronto hubo de llegarse al convencimiento de que era deficiente en extremo, pues lo único de que trata con la debida extensión es de la parte que se refiere al examen de las diversas teorías sobre el origen del derecho de penar.

En tales circunstancias conocimos el "Programa" de Carrara y concebimos el pensamiento de verter á nuestra lengua este insigne trabajo del célebre criminalista, con razón llamado por uno de sus compatriotas el Nestor de los criminalistas italianos.

Sin embargo de nuestros buenos deseos y de la persuasión en que estábamos de la utilidad que nuestro trabajo podría prestar á la juventud que se dedica al estudio de la ciencia jurídica, nos detuvieron las dificultades ma-

teriales que naturalmente se encuentran en países incipientes para imprimir una obra de alguna capacidad.

Establecida el año pasado la Escuela de Derecho bajo la dirección del Gobierno, nos dirigimos al señor Secretario de Instrucción Pública, don Mauro Fernández, exponiéndole nuestros deseos y llamándole la atención hacia el beneficio que el país reportaría con la traducción proyectada. El señor Fernández, cuyos afanes por la mejora de la educación son bien conocidos, aceptó desde luego la idea y nos prometió el decidido apoyo del Gobierno para el logro de nuestro intento, apoyo que hemos obtenido ampliamente.

Tal ha sido el origen de la publicación de este libro. Las líneas que preceden las debemos como una muestra de sincera gratitud al Gobierno de Costa Rica y en especial al señor Secretario de Instrucción Pública, y también las debemos al público como una explicación de por qué, á pesar de nuestra insuficiencia, nos hemos atrevido á dar á luz este trabajo.

San José de Costa Rica, febrero de 1889.

ADVERTENCIA.

Las notas indicadas con números pertenecen á la obra del profesor Carrara, 5ª edición; las señaladas con letras son de los traductores.

PROLEGÓMENOS.

Prevaleció en un tiempo la idea de que durante el curso de un período indeterminado, los hombres habían vivido de un modo solitario y salvaje. Se creía que de este estado extrasocial habían pasado, en cierta época, al estado de sociedad en el cual hoy toda la raza humana prospera y crece. Este cambio han pretendido algunos explicarlo por la fábula de una divinidad descendida sobre la tierra para constituir á los hombres en una vida de asociación; otros, por la suposición de una violencia ejercida sobre los débiles, es decir, que algunos hombres más fuertes que los demás habían sometido á sus semejantes á la manera como se domestican las fieras; otros, por la hipótesis imaginaria de una convención celebrada entre todos los hombres por mutua voluntad.

Todos estos diversos sistemas han tenido un punto de partida común: la suposición de que la raza de Adán ha tenido sucesivamente en la tierra dos géneros de vida distintos. Uno (que se llama primitivo, de naturaleza ó libertad) en el aislamiento y sin relaciones constantes entre los individuos: estado salvaje y de disgregación. Otro en una asociación que bajo una forma cualquiera sometía á los hombres á una autoridad y á una ley humana: estado de sociedad civil. De este concepto ha nacido la fórmula de que el hombre había renunciado á una parte de los derechos que le daba su libertad natural, la que se suponía ilimitada, para mejor defender y conservar el resto.

Todo esto es erróneo. No es cierto que la raza humana haya vivido durante un tiempo determinado destituída de todo vínculo social; es falsa la transición de un estado primitivo de absoluto aislamiento á un estado modificado y facticio. Débese, sin duda, admitir un estado primitivo de asociación patriarcal, ó como se dice, *natural*, á la cual ha venido á ajustarse poco á poco la constitución de leyes permanentes y de una autoridad encargada de vigilar por su observancia; y así es como se ha organizado la sociedad que llamamos *civil*. Pero un período cualquiera de aislamiento y de vida salvaje debe rechazarse como loca visión. El único estado primitivo del hombre es el de asociación, en el cual la ley de su propia naturaleza lo colocó desde el primer instante de su creación.

Aun cuando las tradiciones de todos los pueblos no contradijeran aquella suposición, las condiciones especiales de la raza humana bastarían para demostrar que es absolutamente imposible. Las condiciones *físicas* de la humanidad muestran que ella no habría podido conservarse si la asistencia recíproca del hombre para el hombre no fuese contínua y siempre pronta para satisfacer las necesidades del individuo; y la naturaleza ha revelado por signos manifiestos este destino del hombre á una especie de sociedad constante, no precaria y fugaz como la de los brutos: ella se lo ha revelado, sea por las necesidades á las cuales ha querido someterlo en la primera edad y en las enfermedades, sea rehusándole los medios de salvaguardia y defensa de que ha provisto á los otros animales contra las bestias feroces y que el hombre debía encontrar en la unión con sus semejantes, sea haciendo continua en la mujer la aptitud para la cópula, aptitud que las hembras de los otros animales no tienen sino por intervalos y pasajeramente, sea en fin por la necesidad de inhumar los cadáveres, sin lo cual los hombres se extinguirían por el contagio.

Las condiciones *intelectuales* de los hombres lo demuestran igualmente, pues ellas les han abierto una vía de progreso indefinido en los conocimientos útiles, vía que no habrían podido recorrer sin el uso de la palabra, sin la ayuda de las tradiciones de sus antepasados.

También lo demuestran la condición de sér *moral*, exclusiva del hombre, y el *fin* para el cual Dios lo ha creado. Dios no puede haber creado una obra incompleta y haberse dedicado en seguida, como instruido por la experiencia, á perfeccionarla.

La ley eterna del orden impulsa al hombre á la sociedad; y el creador que lo ha conformado según esta ley, quiere conducirlo, como conduce á sus fines todo lo creado, hacia la tendencia, hacia la atracción: fuerza única, inmensa, por la cual el poder divino se ejerce sobre toda la creación. La tendencia física ha producido la primera unión de cuerpos; la tendencia moral ha prolongado y perpetuado la unión recíproca de los padres, la de éstos con los hijos, y también la de las generaciones pasadas con las del porvenir. Así, la sociedad estaba en los destinos de los hombres, no sólo como medio indispensable á su conservación física y á su progreso intelectual, sino también como complemento de la ley moral á la cual debían estar sujetos.

Dios ha sometido á toda la creación á una perpetua armonía. Y cuando en la sexta época hubo hecho al hombre á su semejanza (es decir, dotado de un alma espiritual, rica de inteligencia y de libre voluntad), la obra más bella de su divina sabiduría, arrojó sobre la tierra el germen de una serie de seres dirigibles y responsables de sus propias acciones. Estos seres no podían, como los simples cuerpos, estar sometidos sólo á leyes *físicas;* una ley *moral* había nacido con ellos: la ley natural.—Quien niegue esta ley, niega á Dios.

De ese modo, al mundo físico, del que el hombre también forma parte, se ha unido desde que éste ha

aparecido un mundo moral que es exclusivamente suyo, y que se compone de sus relaciones consigo mismo, con su creador y con sus semejantes.

Las leyes *físicas* tenían en sí mismas una fuerza de *coacción* y una *sanción*, que hacían *indefectible* su observancia. Estas fuerzas bastaban para la armonía del mundo físico.

Las leyes *morales*, por el contrario, no tenían en sí mismas fuerza de *coacción*, sino en el *sentido moral;* no tenían más *sanción* sobre la tierra que los *remordimientos*.

Pero las pasiones, desde luego indispensables al hombre como elemento de acción, pervirtieron á menudo el sentido moral y sofocaron la voz de los remordimientos.

La ley natural habría sido, pues, impotente para mantener el orden del mundo moral, porque ella es más débil que la ley eterna que rige el mundo físico. Ésta siempre es obedecida, aquélla con demasiada frecuencia conculcada y despreciada.

Este abandono de la ley moral al arbitrio humano, bajo la sola sanción de un bien ó de un mal suprasensible, podría no causar disturbio en la armonía universal siempre que la ley moral alcanzara al hombre en sus relaciones con Dios ó consigo mismo, pero no sería tolerable cuando se tratara de las relaciones del hombre con sus semejantes. A pesar de la ley moral, los hombres habrían estado á merced de aquel de ellos que, prefiriendo el bien *sensible* al bien *suprasensible*, hubiera sabido violar sus derechos por medio de la fuerza ó de la astucia. En este aspecto, el desorden en el mundo moral habría causado también desorden en el mundo físico.

Para completar la aplicación de la ley del orden á la vida terrestre se necesitaba, pues, un hecho ulterior que diera aquí á la ley moral el apoyo de una coacción y de una sanción *sensibles*, á fin de que el precepto mo-

ral que obligaba al hombre á respetar los derechos de sus semejantes no fuera una palabra impotente y de que el mundo moral, víctima de un continuo desorden, no hiciese un feo contraste con el orden que domina en el mundo físico.

Esta fuerza coactiva y represiva que la ley moral no tenía en sí, no podía encontrarse más que en el brazo mismo del hombre. Dios habría podido crear al hombre impecable, rehusándole el poder de transgredir sus preceptos, como ha rehusado á los cuerpos el poder de resistir á la fuerza de gravedad; entonces no habría habido *deberes* ni *derechos*, todo habría sido *necesidad*. Pero esto destruiría el libre albedrío y volvería al hombre incapaz de mérito ó de demérito. Por consiguiente, supuesto el libre albedrío, ó bien se necesitaría enviar sobre la tierra una legión permanente de espíritus superiores encargados de guardar y vengar la ley moral, ó bien se llegaría á este dilema inevitable: dejar sin observancia el precepto moral ó confiar su defensa al brazo del hombre.

Así, el hombre ha sido destinado por la ley eterna del orden á ser al mismo tiempo súbdito y defensor de la ley moral.

Pero esta misión no podría ser cumplida por el hombre aislado, ni aun por los hombres reunidos en una simple sociedad fraternal, fundada sobre el principio de la igualdad absoluta. Todavía en este caso, la desigualdad de las voluntades y la igualdad del poder harían imposible la prohibición, la sanción y el juicio de los hechos humanos; y sin embargo, la prohibición, la sanción y el juicio son el complemento necesario de la ley moral, en tanto que ella regula los deberes del hombre hacia la humanidad. Este complemento sólo la sociedad *civil* podía proporcionarlo.

La sociedad es para el género humano una necesidad de su naturaleza, indispensable para su conservación

y para la perfectibilidad indefinida á que está destinado. Pero aun cuando las necesidades *físicas* de la humanidad que demandan la asistencia recíproca y sus necesidades *intelectuales* que también demandan la recíproca instrucción, fuesen satisfechas por medio de una simple asociación fraternal, estas necesidades no podrían dar la razón de existir de la *sociedad civil*, y se engaña quien confunda el origen de ésta con el de una sociedad natural. Fué una ilusión muy grave de Rousseau y de sus discípulos, la de suponer en el primer período de la humanidad una vida salvaje; pero fué igualmente una ilusión de sus adversarios la de suponer que la *sociedad civil* había nacido con el hombre. Aun cuando las verdades reveladas no refutaran igualmente esta segunda idea, la sola razón demuestra la imposibilidad de que hubiera príncipes y magistrados cuando la humanidad se componía apenas de unas pocas familias. El estado de sociedad ha sido contemporáneo del nacimiento del género humano: el estado de sociedad civil fué uno de los primeros progresos de la humanidad al desarrollarse, al cual fué conducida por una ley de orden primitivo, pero por medio de necesidades distintas de aquellas que la habían impulsado al inmediato consorcio.

Había, en efecto, otra necesidad no menos importante en el destino de la humanidad: la de respetar los derechos que la ley natural había dado al hombre con anterioridad á toda ley política, como medio de cumplir con sus deberes y de realizar su destino en este mundo. La fuerza de las pasiones individuales habría inevitablemente y sin remedio ultrajado y destruído estos derechos, ya en el estado de aislamiento, ya en el de sociedad natural. Y he aquí la única, la verdadera razón de existir de la sociedad civil: razón eterna y absoluta, porque absoluta y primitiva es la ley que quiere la observancia efectiva de los derechos humanos. Si la *sociedad civil* es la sola forma que puede procurar la observancia

del orden jurídico, y si la ley natural quiere esta observancia, esa misma ley debe haber querido y mandado que la humanidad se acomode á aquella forma de asociación que es la única que puede responder á estos fines. La razón de ser de la sociedad civil es, pues, primitiva y absoluta, pero reside sólo en la necesidad de la *defensa del derecho* (*tutela giuridica*).

Ahora, si el estado de sociedad civil era necesario á la raza humana para llegar á la observancia del precepto moral, la sociedad que debía expresar la forma particular del orden impuesto al hombre por la inteligencia suprema desde el primer instante de su creación, no podía ser más que una sociedad cuya dirección se unificara en un centro común de autoridad; y esta autoridad no podía dejar de estar provista del poder de *prohibir* ciertas acciones, y de *reprimir* á los que, á pesar de esta prohibición, osaran cometerlas. La sociedad civil, la autoridad que la preside y el derecho de prohibir y de reprimir de que está investida, no son más que una cadena de instrumentos de la ley del orden. Así, pues, el derecho penal tiene su origen y su fundamento racional en la ley eterna de la armonía universal.

El precepto, la prohibición y la retribución del bien y del mal, en tanto que están en la mano de Dios, tienen por único fundamento y por única medida la justicia. Absoluta en lo absoluto, infalible en lo infalible, en este estado ella alcanza al hombre tanto en sus relaciones con Dios y consigo mismo, como en sus relaciones con las otras criaturas. Aquí la justicia obra siempre como principio *único*. Dios no castiga al homicida y al ladrón por defender al hombre, sino porque el homicidio y el robo son un mal, y porque la justicia quiere que el que hace un mal sufra un mal.

Pero el precepto, la prohibición y la retribución, en cuanto se aplican á las relaciones del hombre con la humanidad, se desprenden de Dios, y una parte de su e-

jercicio es cedida por él en la tierra á la autoridad social, porque causando la violación de tales relaciones un daño actual al inocente, es necesario que sea protegido por una fuerza presente y sensible contra estas violaciones.

Así, la defensa de la humanidad no es la razón primitiva de prohibir y castigar, pero es la razón por la cual el derecho de prohibir y de castigar sobre la tierra es ejercido por el hombre sobre sus semejantes. Y esta no es una *necesidad política*, es una *necesidad de la ley natural*.

Por consiguiente, si se considera en abstracto el derecho de castigar, su fundamento es la sola *justicia;* pero si se considera como acto del hombre, tiene por fundamento la *defensa* de la humanidad.

Se engaña quien quiera ver el origen del derecho de castigar únicamente en la necesidad de la *defensa*, desconociendo su primitiva fuente que es la *justicia*.

Se engaña quien quiera ver el fundamento del derecho de castigar únicamente en el principio de la *justicia*, sin restringirlo á los límites de la necesidad de la *defensa*.

El derecho de castigar, en la mano de Dios, no tiene más norma que la *justicia*. El derecho de castigar, en la mano del hombre, no tiene otra legitimidad que la necesidad de la *defensa*, porque no ha sido concedido al hombre sino en tanto que es necesario para la *conservación* de los derechos de la humanidad.

Pero aunque la defensa sea la única razón de esta delegación, el derecho delegado queda siempre sometido á las reglas de la justicia, pues no puede perder su carácter primitivo y esencial al pasar á las manos del hombre.

Dando al castigo humano por único fundamento la *justicia*, se autorizaría un *control* (*sindicato*) moral, aun allí donde no hubiera daño sensible; la autoridad social usurparía el papel de la divinidad, y se haría el tirano

de los pensamientos so pretexto de perseguir el vicio y el pecado.

Dando al castigo humano por único fundamento la *defensa*, se autorizaría la restricción de actos no culpables, so color de utilidad pública, y se concedería á la autoridad social la tiranía de lo arbitrario.

Si la autoridad social, por servir á la justicia, castiga cuando la necesidad de la defensa no lo reclama, peca contra la justicia *en la forma*, pues aunque el castigo sea merecido, se inflige injusta y abusivamente por ella. El derecho primitivo de castigar existe, pero no le ha sido delegado.

Si la autoridad social, por una consideración de utilidad pública, castiga aunque el castigo no sea merecido, peca contra la justicia *en la sustancia;* porque allí donde no hay delito, no existiendo el derecho primitivo de castigar, no puede haberle sido delegado.

Estos dos principios se remontan á la *ley eterna del orden*, de donde derivan la *sociedad*, la *autoridad* y el derecho que ésta tiene de *prohibir* y de *castigar*. La ley del orden *externo*, es decir, la necesidad de la defensa, inviste á la autoridad humana de un poder sobre el hombre; pero la ley del orden *interno*, ó sea la justicia, domina indefectiblemente su ejercicio, como medida moderativa. El límite interno del derecho penal se reduce á su más simple y exacta expresión, por medio de la fórmula siguiente: el derecho penal *debe* intervenir allí donde sea necesario para defender el derecho; el derecho penal *no puede* intervenir allí donde el derecho no haya sido violado y puesto en peligro inminente. Es *defectuoso* si falta á la primera regla; es *exorbitante* é injusto si infringe la segunda, aunque sea respecto de un acto inmoral ó intrínsecamente malo.

Así, pues, no es cierto que el derecho penal sea restrictivo de la libertad humana. No es una limitación de libertad el obstáculo que se pone entre el asesino y la

víctima, porque la libertad humana no es otra cosa que la facultad de ejercitar la actividad propia sin lesionar los derechos de los demás; la libertad de uno debe coexistir con la libertad igual de todos. La restricción viene de la ley natural, que ha dado derechos á la humanidad é impuesto á los hombres la obligación de respetarlos. La ley humana no disminuye la libertad al contenerla dentro de los límites de su naturaleza.

El derecho penal, por el contrario, es protector de la libertad humana, no solamente externa sino también interna: de la libertad externa porque protege al débil contra el fuerte en el goce de sus derechos, dentro de los límites de la justicia, que es lo que constituye la verdadera libertad; de la libertad interna, porque da al hombre una fuerza más para vencer á su peor tirano, las propias pasiones; y el hombre, como decía con razón Dagueseau, nunca es tan libre como cuando subordina sus pasiones á la razón, y la razón á la justicia.

Esta verdad se aplica no sólo á la prohibición y represión de los hechos que dañan al individuo, sino también á los hechos que ofenden al cuerpo social y á la autoridad. Desde luego que reconocemos que la sociedad y la autoridad no son una creación de la política humana, sino que tienen su origen en la ley natural, debemos necesariamente deducir de esta misma ley el derecho que la autoridad tiene de conservarse, es decir el derecho de ser respetada, y el deber que incumbe á los ciudadanos de respetarla, mientras ella obre dentro del círculo de la legitimidad.

Lo que ha conducido á los publicistas á pensar diversamente es que ellos han concebido de un modo errado el origen de la sociedad, ó que han confundido el poder *penal* con el poder de *buen gobierno* (*policía*). Pero entreambos existe un abismo.

El poder de policía no procede más que de un principio de *utilidad*. Su legitimidad no tiene otro funda-

mento; para ejercer su ministerio no necesita que haya un hecho culpable, y no siempre conforma sus actos á una rigurosa justicia. De ahí resulta que como se le permite obrar por vía de represión moderada, puede realmente llegar á modificar la libertad humana, lo cual se tolera á trueque de un bien mayor.

El poder de policía no tiene nada de común con el poder penal, aunque ambos sean ejercidos por la autoridad encargada del gobierno de los pueblos. El uno comienza su papel cuando el otro ha agotado inútilmente el suyo; su objeto es diferente, sus reglas y sus límites diversos: si ellos parecen confundirse porque la autoridad social que los ejerce es la misma, no se confunden ni en sí mismos ni á los ojos de la ciencia. Del mismo modo que dos artes no pueden ser consideradas como un sólo cuerpo de reglas porque haya un hombre que las posea ambas, así tampoco puede decirse que si el mismo gobierno previene y castiga, la prevención y el castigo se confundan en su causa, en sus límites, en su forma, en sus efectos y en su fin.

Sería un error creer que el poder de policía forma parte de nuestra ciencia. Él no está comprendido en el derecho penal, sino que pertenece más bien al derecho económico considerado, no como un simple factor de riqueza, sino como un factor de civilización.

Al incluir el poder de policía en el derecho penal, se ha introducido la confusión en las ideas y se ha abierto la puerta á lo arbitrario, cambiando sus respectivas reglas, las cuales no pueden trasladarse de uno á otro. De ahí resulta que ora el poder de policía, bajo la influencia de los principios del derecho penal, queda reducido á tales límites que se vuelve ilusorio, ora se da á la idea de la prevención una influencia desmedida sobre el derecho penal, extendiendo lo arbitario en detrimento de la justicia. Son éstas dos fuerzas que se prestan una mutua asistencia para alcanzar el objeto final del orden,

que les es común como que constituye el fin supremo de todas las leyes impuestas por el creador á la criatura: dos fuerzas que no deben contrariarse; dos fuerzas reunidas en la mano de la autoridad social, pero esencialmente distintas. Si medimos la primera según las reglas de la segunda, la debilitamos hasta la impotencia: si medimos la segunda según las reglas de la primera, la exageramos hasta la ferocidad.

Es un fenómeno constante en la constitución de los pueblos, que bajo los gobiernos despóticos el poder de policía se confunde con el derecho punitivo, mientras que bajo los gobiernos libres existe siempre el celo por mantenerlos separados. Así, en Roma, en los tiempos de la libertad, el oficio y la jurisdicción del *censor* fueron extraños á la justicia penal. El imperio cambió en delitos propiamente dichos un gran número de hechos de los cuales, bajo la República, sólo conocían los censores (1). Para justificar esta confusión se han tomado como pretextos según las diversas épocas, tres órdenes de ideas: ya ideas excesivas ó exageradas acerca de la autoridad del príncipe ó sobre los derechos del Estado, ya sobre el prevalecimiento del fanatismo religioso, ó bien sobre un desmesurado celo por la moral. Cada una de estas ideas á su vez ha extraviado el derecho penal, y ocultando su concepto genuino lo ha vuelto indefinido é injusto. La autoridad social que quiera legítimamente ejercer los diversos poderes que le están confiados, debe usar de cada uno de ellos según las reglas de razón absoluta que lo presiden.

En la autoridad que dirige el cuerpo social hay cierta cantidad de poderes en los cuales, más bien que verdaderos derechos, debemos ver otros tantos deberes que la ligan con los ciudadanos y que hacen para ella obligatorio su ejercicio dentro de ciertos límites.

(1) Koenigswarter, *Diss. nullum delictum sine lege*, pag. 12, Amstelodami, 1835.

Ella debe proteger las transacciones privadas, á fin de que en las relaciones patrimoniales no dominen el fraude y la violencia sino la justicia: á esto provee por medio de las leyes civiles y de la institución de magistrados que deciden, según la justicia, las controversias pecuniarias entre los ciudadanos. Esto pertenece al *derecho privado*. Pero el derecho privado, en tanto que regula bienes adquiridos y enajenables, no es absoluto, porque el individuo puede por su consentimiento volver justo lo que según la ley sería injusto; y la autoridad, por razones de utilidad pública, puede hacer ineficaces el consentimiento y el derecho de las partes.

Ella debe mantener en sus justos límites las relaciones que existen entre gobernantes y gobernados, á fin de que los primeros no salgan del círculo de sus atribuciones y de que los últimos no eludan la debida obediencia: esto es lo que regulan las leyes orgánicas del Estado que pertenecen al *derecho público* particular, ó *derecho constitucional*. Pero este derecho no es absoluto, pues las diversas condiciones de los pueblos modifican el derecho público, el cual es siempre legítimo cuando está conforme con la voluntad de la mayoría inteligente y tiene por fin el bien general.

Ella cuida de mantener buenas relaciones entre el Estado y las otras naciones, á fin de que los ciudadanos sean protegidos aun en los países extranjeros, y de que los pueblos limítrofes, lejos de ser una causa de peligro, constituyan una garantía de seguridad exterior y una fuente de riqueza interior: esto lo procura por medio de congresos, tratados, consulados, embajadas, y en caso necesario por medio de la guerra. Esto pertenece al *derecho de gentes* ó *internacional*, el cual también puede variar según las condiciones de los diferentes pueblos.

La autoridad debe proveer á los gastos públicos, promover el mejoramiento moral del pueblo, ó sea la

verdadera civilización (la cual no consiste en la cortesía de los modales; sino en la honestidad de las costumbres) y hacer de manera que los miembros de la sociedad, no solamente no carezcan de lo necesario, sino que también tengan todo lo que pueda contribuir á la prosperidad de la vida. A tal fin se dirigen las leyes sobre el culto, las buenas costumbres, el comercio, las finanzas, los víveres, los impuestos indirectos y los trabajos públicos; lo cual pertenece al *derecho administrativo* y á la *economía política*. Esto sin embargo no forma todavía un cuerpo de derecho absoluto y constante, porque su ley es la utilidad (A).

Ahora bien, en todas estas disposiciones que en conjunto pertenecen á la ciencia del *buen gobierno*, sucede á menudo que la autoridad, para hacer respetar sus órdenes debe, en vista del bien general, infligir algún mal al ciudadano que á tales disposiciones se oponga con sus hechos.

Pero sería un error creer que todas las veces que la autoridad inflige un mal á un ciudadano en razón de sus actos, ejercita el *derecho penal*. Las leyes fiscales, las de impuestos indirectos, las de comercio, encierran frecuentemente penalidades; las reglas mismas de procedimiento civil implican multas; la policía advierte, corrige y aun aprisiona, y á menudo sin que el orden exterior sea en manera alguna turbado, sino únicamente porque haya razones para temer la turbación ó porque la prosperidad del país haya disminuído.

Todas estas sanciones que sólo pueden ser leves, están fuera del derecho penal: los hechos que provocan estas medidas pueden ser llamados *transgresiones*, pero no son *delitos*.

Rousseau se engañaba también en esta parte, cuan-

(A) Con sujeción siempre, no obstante, al respeto por la libertad de la ciencia y de la industria. (Carrara, Programma, Sesta Edizione, 1886).

do en uno de sus brillantes pasajes decía que las leyes criminales son menos una especie particular de ley que la sanción de todas las otras. (Contrato social, lib. II, cap. XII). Por esta fórmula se reduce el oficio del derecho criminal al simple castigo, sin tomar en cuenta la prohibición, que también forma parte integrante de él; se deja el derecho penal á merced de lo indefinido y se vuelve imposible hacer de él una verdadera ciencia y encontrarle un principio fijo.

El criterio que separa el magisterio penal del de buen gobierno y que en consecuencia distingue los *delitos* de las *transgresiones*, no puede ser más que éste: que el primero no debe aplicarse más que á los hechos que tengan el carácter de actos moralmente reprochables, porque tiene por límite de su derecho la justicia absoluta; mientras que el segundo puede aplicarse aun á hechos moralmente inocentes, porque el fundamento de su derecho es la utilidad pública.

Si en algún código se han violado estas reglas en la clasificación de los hechos punibles, ya introduciendo *transgresiones* en la ley penal, ya consignando en las leyes de policía verdaderos *delitos*, esto no contradice la verdad de los principios, sino que prueba únicamente el error y la inexactitud de los legisladores.

La ciencia del *derecho penal* no puede tratar más que de los primeros de estos hechos (delitos); sobre los otros sólo arroja una mirada fugitiva para recordar á los legisladores que deben usar de dulzura y humanidad. Pero no puede hacer extensivas sus teorías á las *transgresiones* sin engendrar una confusión inextricable. (1)

---

(1) Feuerbach ha definido el derecho criminal: *la ciencia de los derechos que el Estado puede tener sobre los ciudadanos, en razón de las violaciones de la ley cometidas por ellos.* A pesar de que expresa en parte el concepto filosófico de nuestra ciencia, esta definición es demasiado extensa, porque como abraza toda violación de la ley acompañada de sanción, comprende más de lo definido: la falta de registro de un acto civil y su redacción

El poder penal está destinado á proteger la libertad individual; las otras reglas la restringen. El poder penal presupone siempre un hecho que viola la ley moral y una intención dañosa. Las otras reglas, ó bien se cuidan únicamente del hecho material y desatienden la intención y la moralidad, ó bien, cuidándose sólo del hecho mismo, no hacen más que castigar la maldad del hombre. Al poder de buen gobierno se ha asignado con razón como fundamento de su derecho la *necesidad pública*, y aun la *utilidad:* al poder penal no se puede atribuir por origen un acto de la voluntad humana, sino el precepto de Dios declarado al hombre por la ley natural. Las disposiciones del primero son relativas y variables; el poder penal es absoluto en todos sus principios fundamentales.

Y en efecto, como el derecho de castigar en la mano del hombre procede de la ley eterna del orden, la ciencia del derecho penal debe ser independiente de toda disposición de la ley humana y dirigida únicamente por reglas de razón absoluta.

Si el derecho penal tuviera por fundamento y por norma la voluntad de los legisladores, el estudio de esta ciencia quedaría restringido al árido comentario de un código determinado, y sus decisiones variarían según los tiempos, los lugares, las necesidades y las opiniones.

Pero la elasticidad perpetua del derecho penal fué un sueño de Filangieri, quien aceptó los errores de las legislaturas paganas como el tipo de la verdad racional. Esta idea está ahora rechazada por la ciencia, la cual, si la aceptara, se destruiría. El derecho penal tiene su génesis y su norma en una ley que es absoluta, porque

---

en papel común, entrarían en el derecho penal ! La ciencia criminal es la investigación de los límites internos y externos dentro de los cuales el Estado puede defender los derechos humanos, despojando de uno de esos derechos al hombre que los ha atacado, y además es la investigación de los medios más convenientes para ejercer este género de defensa.

constituye el único orden posible de la humanidad, según las previsiones y la voluntad del Creador. (A) La ciencia penal no busca más que la aplicación á la defensa jurídica, de estos principios racionales impuestos á nosotros por la inteligencia suprema.

Sus demostraciones no se derivan de la palabra del hombre, sino que deben ser deducciones lógicas de la razón eterna, por medio de la cual Dios ha revelado á los hombres por admirable inspiración, cuanto es necesario para regular en la tierra su conducta con respecto á sus semejantes. Subordinadas así á una norma *absoluta*, las leyes penales son *absolutas* en sus principios fundamentales: no pueden llegar á ser *relativas* más que en la forma de su aplicación.

He aquí la ciencia penal que nosotros debemos estudiar, haciendo siempre abstracción de lo que haya podido consignarse en los diferentes códigos humanos, y tratando de leer la verdad en el código invariable de la razón. La comparación de los derechos establecidos no es más que un complemento de nuestra ciencia. En estas investigaciones secundarias debemos juzgar cuál se adapta mejor, entre los diferentes códigos, al tipo su-

---

(A) Aun la doctrina penal tiene sus ateos: tales son los que so pretexto de seguir las huellas de Montesquieu y de Bentham, consideran como *único* génesis del derecho la *ley del Estado*. Y *ateos* los llamo, tanto en sentido figurado y relativo, como en sentido riguroso y absoluto. *Ateos* en sentido relativo, porque el derecho es el Dios de toda ciencia jurídica, y quien niega al derecho una existencia absoluta anterior á la ley humana, niega al orden jurídico la divinidad que lo creó. *Ateos* en sentido absoluto, porque implícitamente niega un Dios y una Providencia el que no reconoce que el mundo moral está subordinado desde el primer momento de la humanidad á una ley suprema no susceptible de ser variada por la voluntad humana. Por tanto, el derecho penal es una verdadera *ciencia*, que mantiene inconcusa, á través del oleaje de los caprichos humanos, la verdad que ella profesa: *nec enim* (repetiré con Guthero, en su *Thirecias, seu de coercitatis et sapientiæ cognatione*, pag. 36), *est scientia earum rerum de quibus dubitare potest; aut circa ea versatur quæ aliter se habere possunt: sed notitiam. Solum* scientia *est de rebus certis et necessariis quæ in consultationem non cadunt, aut ullo modo mutari possunt.* (Carrara, Programma, Sesta edizione, 1886).



premo de verdad absoluta y no seguir la vía inversa, deduciendo la verdad de los principios del derecho constituído. Las leyes humanas han sido demasiado á menudo inicuas é irracionales y el producto de las pasiones ó de las alucinaciones de la inteligencia. Si quisiéramos deducir de este criterio el tipo de la ley natural, ó bien caeríamos en un tímido excepticismo, ó bien legitimaríamos todas las injusticias.

Tres hechos forman el objeto de nuestra ciencia: la violación de la ley por el hombre; la voluntad de la ley de que este hombre sea castigado; la verificación de la violación por el magistrado y la aplicación del castigo: el delito, la pena, el juicio. El orden de materias en derecho penal depende de la naturaleza de las cosas: es inalterable.

Esta es la parte *general* de nuestra ciencia. La parte *especial* desciende al examen de los *hechos particulares* por medio de los cuales se viola la ley; y aquí todavía los examina según los principios de la razón, con un criterio completamente ontológico, para definir sus respectivos caracteres, distinguir sus fisonomías y medir sus grados.

Hasta aquí todo es *teoría:* esa es la parte *especulativa.* Examinar con respecto á los juicios cuáles son los procedimientos que en nuestro país se siguen, y, con respecto á los delitos *in specie*, cuáles son las nociones y las respectivas relaciones según las cuales los define y aprecia la ley que nos gobierna: tal es la parte puramente *práctica* y positiva.

En la parte teórica se considera una ley eterna é indefectible, como el arquetipo al cual deben conformarse las opiniones de todos los sabios y debe obedecer el legislador mismo. En la parte práctica se considera una ley humana y variable, como la autoridad á la cual todos, particulares y magistrados, debemos someternos

en tanto que esté en vigor, cualesquiera que sean sus opiniones.

La razón de la obediencia á la primera, es la *verdad;* la razón de obediencia á la segunda es el *precepto.*

La parte *práctica* del derecho penal pertenece á las lecciones de la escuela de perfeccionamiento (*cattedre di perfezionamiento*), las cuales, debiendo conducir á los jurisconsultos á la aplicación del derecho en los tribunales, tienen por texto la ley escrita y por guía la hermeneútica y los monumentos de la jurisprudencia: con la ayuda de la crítica deben coordinar estos elementos en un sistema y con el auxilio de la razón teórica, eliminar los defectos y proponer las mejoras útiles. Pero la enseñanza universitaria del derecho penal no lo considera sino desde el punto de vista filosófico, porque enseña, no la ciencia italiana, sino los principios comunes á toda la humanidad.

Tal es el camino que debemos recorrer, y lo recorreremos siguiendo con amor y con fe los principios que han distinguido entre todas á la escuela italiana. La escuela italiana, que inspirándose en los elevados principios de la filosofía romana en materia penal, ha sabido con el apoyo del cristianismo, purificarlos de los errores paganos y sustraerlos á la corrupción de las barbaries orientales y de las preocupaciones del norte, los cuales después de una lucha continuada, los habían subyugado y maleado.

La escuela italiana, que ha hecho tanto en la larga guerra entre el derecho y la fuerza; que, antes que ninguna otra, ha proclamado por medio de Vico que hay en la distribución de las penalidades una ley que está sobre el legislador; y que, formándose por la doble labor de la academia y del foro, se ha conservado igualmente pura de la fascinación de las visiones trascendentales y del brutal materialismo del siglo XVIII.

La escuela italiana, que ha tenido en esta cátedra

su más espléndido altar, en Carmignani su apóstol, en los magistrados toscanos sus sacerdotes; y que si en nuestro siglo ha parecido dividirse en tres ramas, siempre ha permanecido unificada en su espíritu y en sus tendencias.

Un eminente escritor francés declaraba hace poco que, en la vía de las reformas penales, los italianos han precedido mucho á todas las naciones de Europa (1); fundemos, pues, nuestra gloria en seguir el camino valerosamente trazado por nuestros mayores y no nos dejemos arrastrar por el deseo de estériles novedades, á emprender contra ellos una guerra impotente.

(6) Flottard, De l'état actuel du droit pénal en Italie (Revue critique de jurisprudence, 1852, pag. 373).

PARTE GENERAL.

SECCIÓN PRIMERA.

DEL DELITO.

CAPÍTULO I.

De la imputabilidad y de la imputación.

§ 1.

Imputar significa atribuir alguna cosa á una persona (1).

(1) Véase Kleinschrod, *Dissert. intorno alla dottrina della imputazione* (en los opúsculos recogidos por Mori, vol. I, pag. 1). Puffendorf, *De jure naturæ et gentium*, lib. I, cap. V, § 3, Nápoles 1773. Nani, *Principii di giurisprudenza criminale*, part. I, cap. I, sec. I, § 2, Woltaer, *Observationes*, lib. I, observ. IV. *Imputationis civiles notio cruta*. Vosmaer, *Doctrina de imputatione ad delicta universitatis applicata*, *pars prior*. § 1, ad 23; en Martini, *Collect. Dissertationum criminalium*, Jenæ, 1822; dissert. 10, página 329. Mittermaier, *Sugli stati dubbiosi dell' animo*. (Mori, vol. 2, pag. 135).

§ 2.

La *imputabilidad* es el juicio que hacemos sobre un hecho *futuro*, que preveemos únicamente como posible. La *imputación* es el juicio sobre un hecho *realizado*.— La primera es la contemplación de una idea: la segunda es el examen de un hecho concreto. Allí consideramos una pura abstracción: aquí una realidad.

§ 3.

La imputabilidad y la imputación se *califican* diversamente, según que el juicio que atribuye al agente la responsabilidad de un hecho *previsto ó realizado*, se funde en la simple consideración de la relación natural entre el hecho y la moral del agente, ó en consideraciones deducidas de las relaciones externas del hombre.

§ 4.

La imputabilidad y la imputación *morales* exigen sólo una condición, á saber: que el hombre que ha sido la causa *material* de un hecho, haya sido también su causa *moral*. Se imputa moralmente al hombre todo hecho del cual ha sido causa moral, ya sea su acción indiferente, buena ó mala.

§ 5.

La imputabilidad *social* (1) tiene lugar cuando se declara que, del hecho previsto, el autor será responsable ante la sociedad. Este juicio se define: *un acto emanado de la autoridad, por medio del cual ésta, previendo la posibilidad de una acción humana, la declara imputable á su autor como delito, en interés de la seguridad social.*

---

(1)—La escuela española (Pacheco, *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1854) y la portuguesa (Jordao, *Comentarios as codigo penal portuguez*, Lisboa, 1853) emplean la palabra *criminalidad*, como menos equívoca. Nosotros tenemos también en el lenguaje usual la palabra *acriminar*. Declarar *socialmente imputable* una acción, ó *acriminarla*, es lo mismo: es declarar que el que la cometa, se hará responsable de un delito; equivale á prohibirla bajo la amenaza de una represión. (A)

(A)—Así, el proceso ideológico muestra tres faces en sus relaciones con un hecho que se examina: 1º imputabilidad moral, que nace de la ley de la *responsabilidad* humana; 2º imputabilidad social ó *acriminación*, que nace

§ 6.

La imputación *civil* (1) tiene lugar cuando se declara que una persona determinada es responsable ante la sociedad de un hecho sucedido. Este juicio se define: *un acto emanado simplemente de la jurisdicción civil por medio del cual ésta, interpretando la ley promulgada según los principios de la jurisprudencia y juzgando un hecho según las reglas de la lógica, declara que alguien es su autor responsable ante ella.*

(1)—Bichon *(De dolo, Trajecti ad Rhenum,* 1830*)* y otros autores la llaman *imputación jurídica.*

§ 7.

El juicio sobre la imputabilidad social no puede ser emitido sino por el legislador: la imputación civil pertenece al magistrado.

§ 8.

El juicio por el cual el magistrado imputa civilmente una acción á un ciudadano, en virtud de la declaración de imputabilidad social hecha antes por la ley, es el resultado de tres juicios distintos. El magistado encuentra en este individuo la causa *material* del acto, y le dice: *tú lo has hecho*—imputación *física.* Encuentra que este individuo ha ejecutado el acto con voluntad inteligente y le dice: *tú lo has hecho voluntariamente*—imputación *moral.* Halla que este acto estaba prohibido por la ley del Estado y le dice: *tú lo has heeho en viola-*

de la *prohibición*; 3º punibilidad, que nace de la sanción. La tercera faz presupone necesariamente la precedencia de las dos anteriores; pero éstas pueden no ir seguidas de la tercera. (Carrara, Programma, Sesta Edizione, 1886.)

ción de la ley—imputación *legal.* Sólo en consecuencia de estas tres proposiciones puede el magistrado decir al ciudadano: te imputo este acto *como delito.*

§ 9.

Pero así como el magistrado, al formar su juicio sobre la imputación civil, está sometido á las disposiciones de la ley, á las máximas de la lógica y de la jurisprudencia, y no puede sin abuso desviarse de estas reglas, del mismo modo el legislador, al formar su juicio sobre la imputabilidad social, está sometido á principios absolutos de los cuales no puede apartarse sin injusticia y tiranía (1).

(1)—Véase Van Berkout, en la disertación *An et quatenus a jure naturali jus positivum recedere juste possit, Amsterdan* 1834.—Hubero, Digressiones Justinianeæ, cap. XI pag. 26, Transqueræ 1696.

§ 10.

Las leyes penales no pueden ser consideradas como simplemente *relativas*: en sus principios fundamentales son *absolutas.*

§ 11.

Para que por la autoridad social, una acción pueda legítimamente ser declarada imputable á su autor como delito, deben necesariamente concurrir las siguientes condiciones: 1ª—Que le sea *imputable moralmente*; 2ª Que pueda serle imputada como *acto vituperable;* 3ª—Que sea *dañosa á la sociedad.* Además de esto, para que la declaración de imputabilidad sea eficaz se necesita: 4º—*Que la ley que la prohibe haya sido promulgada.*

§ 12.

1º—La ley dirige al hombre en tanto que es un sér moralmente libre: en consecuencia, nadie es responsable de un acontecimiento del cual ha sido causa puramente *física*, sin ser en manera alguna su causa *moral*. Esto basta para la imputación moral; pero si la acción se quiere reprochar al hombre como delito, además de serle moralmente atribuible *como acto* voluntario, debe: 2º—*Poderle ser reprochada* como acto *vituperable*. No está en el poder del legislador *acriminar* un acto del cual el hombre ha sido la causa moral, cuando este acto está prescrito por una ley superior. En efecto, aun cuando la ley criminal no deba ser en sus disposiciones una repetición de la ley moral y de la religiosa, no debe sin embargo contrariar estas leyes. El mantenimiento del orden externo no puede obtenerse con medios que turben el orden interno. (1)

(1) Una ley que prohibiera defender á nuestro semejante de un mal injusto que le amenazara, una ley que impusiera á un hijo denunciar los delitos de su padre, ó á un ciudadano abandonar su religión, y toda otra ley semejante, irían contra este precepto porque al imputar *socialmente* un acto que está mandado por la moral, se pondría en oposición con una ley superior que no puede derogar. Ésta es, pues, una condición *negativa* más bien que *positiva*. No es necesario siempre para que el acto pueda ser imputado *socialmente* (al menos como *transgresión*), que sea moralmente *vituperable;* pues se pueden prohibir también, para la protección del derecho amenazado, los actos moralmente indiferentes, los cuales se hacen vituperables moralmente, puesto que la autoridad ha estado en su derecho al prohibirlos. Pero no pueden declararse *socialmente vituperables* los actos que son ordenados ó aconsejados por la ley moral ó por la religiosa.

§ 13.

3º—Para que un acto pueda ser socialmente imputable, no basta que lo sea moralmente, ni que sea perverso en sí mismo respecto á la ley moral: se necesita, además, que el acto moralmente imputable á alguno co-

mo depravado, sea *socialmente dañoso.* Esto es consecuencia del principio de que el derecho de prohibir ciertas acciones y de acriminarlas lo ejerce la autoridad social únicamente como medio de *defensa* del orden externo y no en razón del perfeccionamiento interno.

§ 14.

Además, el daño que produce la acción perversa del hombre debe ser un daño *social*, de tal manera que, para proveer á la *defensa* del orden externo, no haya otro medio sino el de someterlo á la represión de la ley. Si el daño es puramente personal ó reparable por un medio directo, el legislador excederá sus facultades al declarar *delito* el acto que lo ha causado.

§ 15.

Así, por el primero de esos motivos, los pensamientos, los vicios y los pecados, cuando no turban el orden externo, no pueden ser declarados delitos.

§ 16.

Del mismo modo, en virtud de la segunda consideración, la violación de un contrato, aun cuando sea voluntaria, culpable y dañosa al individuo cuyos derechos son lesionados, no puede ser declarada delito porque no causando turbación en los demás ciudadanos, no sufre el orden externo. Para proteger el derecho ofendido, basta la coacción directa.

§ 17.

Distinguir el *control* moral del *control* social y las atribuciones del poder *civil* de las del poder *penal*, es

el más peligroso escollo en que arriesga á tropezar el legislador. Toda desviación de estos límites es una injusticia, una ofensa á la libertad civil.

§ 18.

La *perversidad moral* y la *perversidad social* de una acción son, pues, esencialmente distintas. En el juicio que hacemos sobre la primera, procedemos de la consideración de los actos internos á la de los externos. En el juicio que hacemos sobre la segunda, vamos de la consideración del acto externo á la del acto interno. El criterio que preside al primer juicio es el desorden moral, el que domina en el segundo es la turbación social.

§ 19.

4º—Si el hombre está sometido á la ley penal en tanto que es un sér dirigible, esta dependencia tiene por causa su inteligencia y su voluntad; pero no se puede atribuir á alguno la voluntad de violar una ley que no existe ó que él no conoce. Por tanto, una acción no puede ser delito, sino cuando la ley que la prohíbe ha sido emitida y promulgada.

§ 20.

De estas premisas se deduce la definición del *delito civil.*

CAPÍTULO II.

DEFINICIÓN DEL DELITO.

§ 21.

El *delito* civil se define:—*la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo ó negativo, moralmente imputable.* (A) (1)

---

(1) Esta definición no puede satisfacer á cierta escuela moderna, y debe inevitablemente sufrir su censura. La doctrina de esta escuela ha sido en último término resumida por Franck *(Philosophie du droit pénal*, sect. 2, chap. I, París, 1864). Es un error, dice ella, derivar la noción del delito, de la ley humana promulgada por el Estado. Una acción es ó no es criminal, según que ella atente ó no atente á la ley suprema del derecho, de tal suerte que la protección jurídica exija su represión. Esta condición es absoluta: nace de un orden de cosas superior á la voluntad de los legisladores humanos, al cual tienen que sujetarse. Al definir el delito *la infracción de la ley emitida*, se admite que una acción aunque eminentemente perjudicial y dañosa, pueda no ser delito en el país en que ninguna ley la prohíba; y que, á la inversa, una acción muy inocente se convierta en delito por el capricho de un legislador bárbaro que ha querido declararla como tal. Esto es intolerable. Vuestra definición es un círculo vicioso: se os pregunta cuáles son las *acciones punibles*, y respondeis: las que son castigadas.

Nosotros reconocemos la verdad de estas observaciones, porque hemos formulado resueltamente los preceptos á los cuales debe obedecer el legislador, en el ejercicio de la alta misión de determinar qué acciones serán consideradas como delitos en el Estado que él gobierna. Hemos dicho que si el legislador al dictar sus prohibiciones conculca estos preceptos, comete un abuso de poder, y que su ley es injusta. Nos adherimos, pues, completamente á las verdades que proclama la escuela filosófica, y estamos bien lejos de admitir que dependa únicamente de la ley humana el que una acción sea ó no sea delito. Al definir el delito *la violación de la ley promulgada*, hemos presupuesto que esta ley es emitida de conformidad con la ley suprema, con el derecho natural. Mas, al definir el delito, no hemos podido desechar la idea de la ley promulgada, porque los principios de la ciencia deben servir de guía, no sólo al legislador, sino también al magistrado.—Ahora bien, si de la definición del delito quitáis la idea de la ley promulgada, llegáis evidentemente á estas dos conclusiones: que al ciudadano falta la regla escrita de su conducta, y que el magistrado se convierte en legislador.

(A) *Y socialmente dañoso.* (Carrara, Programma, Sesta edizione, 1886).



Definís el delito, *la violación de un deber social*, ó bien, con Franck *(obra cit., pag.* 133*) todo atentado á la seguridad y á la libertad, sea de la sociedad entera, sea de los individuos que la componen;* y decidme si, en vista de esta definición, la atribución en cada caso particular del carácter de delito á una acción, no queda enteramente abandonada á la indecisión y á la arbitrariedad del juez. Nuestra definición está hecha desde el punto de vista de la última condición del delito, es decir, la prohibición por la ley del Estado. Esta prohibición podrá ser buena ó mala, justa ó injusta, pero en todo caso quedará como hecho jurídico que, en tal Estado, es un delito infringir tal prohibición. Al contrario, sin la ley que prohíbe será siempre injusto ver un delito *civil* en una acción, por perversa y dañosa que sea, y digna por tanto de ser considerada como delito con respecto á las reglas del derecho natural. Ahora, si se buscara la definición puramente filosófica del delito, aceptaríamos la definición de Franck. Pero no podríamos admitir la que ha dado Pessina, es decir, que el delito es la *negación del derecho.* Esta fórmula expresa una idea que es intrínseca á la noción del delito, el cual tiene por condición necesaria un estado de contradicción con el derecho; pero como definición es inexacta porque contiene más de lo *definido.* De este modo, el rehusar el pago de una deuda sería *negar el derecho.*

§ 22.

Delito, ofensa, crimen, sinrazón–son todas palabras empleadas como sinónimas por los que cultivan la ciencia penal; ninguna de ellas satisface el deseo de los que quieren ver en la palabra la definición de la cosa; todas son indiferentes para el que se contenta con hallar en la palabra el signo de la idea. (1)

(1) Sobre la etimología de las palabras *delictum, scelus, facinus, flagitium, reatus, crimen, maleficium,* véase el estudio de Buccellati, en su libro titulado *Guida allo studio del diritto penale,* lib. 2º, cap. I, Milan, 1865. La palabra *delito* se hace derivar comunmente de *derelinquere,* abandonar, y sigifica el abandono de una ley.

§ 23.

Infracción de la ley.—La idea *general* del delito es la de una violación (ó abandono) de la ley: en efecto, ningún acto del hombre puede serle imputado si una ley no lo prohíbe. Un acto no es delito sino cuando se opone á la ley: puede ser dañoso, puede ser perverso, puede ser ambas cosas á la vez, pero si la ley no lo

prohíbe, no puede ser atribuido como delito á quien lo ejecuta; porque como las leyes que dirigen al hombre son múltiples, si nos atuviéramos á esta ley general, el vicio (que es el abandono de la ley moral) y el pecado (que es la violación de la ley divina) se confundirían con el delito.

§ 24.

del Estado—Al añadir esta restricción nos dirigimos hacia la idea *especial* del delito, pues limitamos la noción de él á la violación de las leyes dictadas por el hombre.

§ 25.

promulgada—La ley moral es revelada al hombre por la conciencia. La ley religiosa es revelada expresamente por Dios. La ley civil, para que obligue á los ciudadanos, debe ser promulgada: pretender que se ajusten á una ley que no les ha sido comunicada, sería tan injusto y absurdo como pretender hacerles observar una ley que todavía no ha sido emitida. (1) La promulgación de la ley penal, una vez hecha debidamente, lleva consigo la presunción de que los ciudadanos la conocen. Pero se necesita una promulgación á fin de marcar que pasa del estado embrionario del pensamiento á la vida real. (2)

---

(1) Véase Weiss, *De vi consuetudinis in criminalibus*, en sus *Opuscula academica*, *commentatio* 3.

(2) Kænigswarter (*Dissert. nullum delictum sine prœvia lege*, pag. 118) dice con razón que una pena no puede ser legítimamente infligida sino como sanción de un precepto: el que ha violado voluntariamente el precepto, no puede quejarse de la pena. Si el juez pudiera declarar delito una acción que antes no hubiera prohibido la ley y si se infligieran castigos que ninguna ley hubiera prescrito, faltaría al derecho penal la base de la protección necesaria del derecho; en efecto, en una sentencia y en una pena impuesta por el juez en virtud de su autoridad, los hombres no podrían en-

contrar la certidumbre de que el mismo hecho, renovándose en perjuicio de ellos, fuera castigado con igual rigor. La idea de un *delito* sin una ley anterior repugna, pues, no solamente á la justicia, sino también á las necesidades sociales. Tolomei *(Diritto penale filosofico e punitivo,* § 145, pag. 108, Padua, 1866) define así el delito: *la violación imputable de los derechos que no pueden ser protegidos por la ley de otro modo que por la amenaza, y subsiguientemente por la aplicación efectiva de una pena.* Desde el punto de vista filosófico puede ser aceptada esta definición; pero en el sentido práctico, falta el elemento de la promulgación. Me parece que el delito, con relación á una ley existente, no puede definirse sino como yo lo he hecho. Con relacion á una ley que haya de hacerse, puede definirse:—*la violación del derecho acompañada de una turbación sensible en el orden de una sociedad humana.* Pero esta definición no convendrá jamás sino al delito *natural*, y será siempre insuficiente para el delito *civil*, el cual necesita para su esencia de la ley promulgada.

§ 26.

para proteger la seguridad—Esto muestra claramente la idea *especial del delito*, el cual consiste en la violación de la ley humana que tiene por objeto proteger la seguridad pública y privada. Toda violación de las leyes del Estado no es un *delito*. Las leyes que protegen los intereses patrimoniales pueden ser violadas (por ejemplo, por la falta de cumplimiento de una obligación civil), sin que su inobservancia sea un *delito*. Se pueden violar las leyes que promueven la *prosperidad* del Estado: habrá allí una *transgresión*, pero no un delito. La idea particular del delito consiste en una agresión contra la *seguridad*, y no puede verse un delito sino en aquellos hechos con los cuales se infringen las leyes que la garantizan.

§ 27.

de los ciudadanos—En esta fórmula se comprende tanto la seguridad *pública* como la *privada*, puesto que la primera es protegida como medio de asegurar la segunda: es precisamente para expresar la idea de la seguridad pública, por lo que se dice *de los ciudadanos* y no de un

ciudadano, pues el acto que fuera dañoso á *un solo* ciudadano, sin atentar á la seguridad de los demás, no podría ser declarado *delito*, como lo veremos más adelante (§ 118). De ese modo se ha expresado suficientemente la idea de la *protección general* que preside á la ley penal, sin que haya necesidad de añadir la fórmula inexacta de la defensa social. Esta es necesaria en la misma medida en que lo es la sociedad civil para proteger los derechos de sus miembros. El gobierno también, por medio del derecho criminal, se protege á sí mismo legítimamente, por cuanto su propia defensa es indispensable á la defensa de los individuos, pues una vez constituído el gobierno, tienen todos y cada uno el derecho de exigir que sea respetado. Por consiguiente, quien lo ofende, ofende á todos los ciudadanos; y del deber que incumbe al Estado de defender los derechos de los individuos nace para él el derecho de defenderse á sí mismo.

§ 28.

resultante de un acto externo—El ejercicio de la justicia es delegado, en virtud de la ley del orden, á la autoridad social para asegurar la defensa de los derechos del hombre merced á una coacción eficaz y presente, ajustada al precepto natural de respetarlos. Pero los derechos del hombre no se lesionan por los actos internos; en consecuencia, la autoridad social no tiene el derecho de perseguirlos. Sobre las opiniones y los deseos la autoridad humana no tiene ningún imperio; y los pensamientos no pueden ser colocados entre los delitos, sin cometer abuso, no porque ellos escapen á la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene el derecho de pedir cuenta á su semejante de un acto que no puede perjudicarle. La defensa del orden externo sobre la tierra pertenece á la autoridad; la defensa del orden in-

terno no pertenece más que á Dios. Y cuando se dice que la ley penal no puede herir *el pensamiento*, se da á entender que se sustraen á su dominio todos los elementos que componen el acto interno:—pensamiento—deseo—proyecto—y determinación, mientras no se pone en ejecución.

§ 29.

del hombre—El *sujeto activo* principal del delito no puede ser más que el hombre: el único entre todos los seres creados que, dotado de una voluntad racional, es susceptible de dirección. (1)

(1) Sobre los procesos hechos en otros tiempos á los animales, véanse las sabias observaciones de Ortolán, *Cours de droit pénal*, pag. 188, y Warée, *Curiosités judiciaires*, pag. 440.

§ 30.

positivo ó negativo—Para la protección de los derechos del hombre, puede ser necesario prohibir ciertos actos é imponer ciertos otros en tal ó cual circunstancia. La ley que prohíbe los primeros, se viola por el acto positivo contrario: la ley que impone los segundos se viola por el acto negativo. En consecuencia, pueden ser delito tanto los actos de omisión (1) ó de *inacción*, como los actos de comisión ó de *acción*. Mas la *omisión* de un individuo puede unirse á la *comisión* de otro, de tal modo que esta relación haga del acto *negativo* una infracción de la ley que prohíbe el acto *positivo*. Sin embargo, en este caso no encontramos el verdadero delito de inacción, porque el *lazo moral* (acuerdo) que une la inacción del uno y la acción del otro, como medios que tienden á un mismo fin criminal, reune estos dos actos en un solo delito. La calificación que se le da es la del

acto positivo, y no se considera el acto negativo sino como un elemento de participación. Para que exista el delito de pura *inacción* se necesita suponer que haya un acto positivo culpable al cual el hombre concurra voluntariamente omitiendo algo. De donde se deduce que el delito de pura *inacción* no puede concebirse más que en el caso en que otra persona tenga un *derecho exigible* á la acción omitida. (A) Así, la madre que no alimenta á su hijo para hacerlo morir, comete un verdadero delito de *inacción*, un verdadero infanticidio, pues el niño recién nacido tiene derecho á la acción de la alimentación. La categoría de estos delitos se extiende considerablemente en las legislaciones que admiten el principio de la *solidaridad defensiva* de los ciudadanos.

(1) Winckler, *De crimine omissiones*, Lipsiæ, 1776.

§ 31.

moralmente imputable.—El hombre está sometido á las leyes penales á causa de su naturaleza moral; y por lo tanto, nadie puede ser responsable socialmente de un acto del cual no es responsable moralmente. La *imputabilidad moral* es condición indispensable de la *imputabilidad social.* (B)

§ 32.

El delito como *acto*, tiene su origen en las pasiones

(A) Porque también los delitos de inacción están sometidos al principio fundamental de que no puede haber delito donde no hay un derecho violado. (Carrara, Programma, Sesta edizione, 1886).

(B) Se añade también la fórmula *socialmente dañosa*, para mejor explicar la idea que ya estaba contenida en la definición, en las palabras *seguridad de los ciudadanos*. El concepto es el de que el delito debe turbar moralmente en todos los ciudadanos la opinión de la seguridad, pre-

que impulsan al hombre á violar los derechos de sus semejantes, á pesar de la prohibición de la ley.

§ 33.

El delito, como *sér jurídico*, tiene su origen en la naturaleza de la sociedad civil. La asociación (que ha sido impuesta al hombre por la ley eterna, como medio de conservación, de progreso intelectual, de perfeccionamiento moral y de protección del derecho) no subsistiría, ni respondería á *sus fines* si cada uno de sus miembros fuese libre de cumplir sus deseos, aun cuando éstos fuesen injustos y dañosos á otro. De allí nace la necesidad de prohibir ciertos actos que turbarían el orden externo y de declarar que, si se cometen, se considerarán como delitos. Esta *necesidad* recibe el nombre de *necesidad social.* La *necesidad social* es la fórmula que expresa la relación de la ley criminal con la sociedad ya existente. Pero la *necesidad social*, considerada en su causa primera, no es otra cosa que una necesidad *de la naturaleza humana.* Si de otro modo fuera, la necesidad social sería una fórmula empírica impotente para demostrar la legitimidad de la prohibición.

§ 34.

Debemos notar que no se define el *delito* una *acción*, sino una *infracción.* La noción del delito no se deriva, pues, del *hecho material*, ni de la *prohibición de la ley*, considerados aisladamente, sino del *conflicto* entre uno y otra.

§ 35.

Así, pues, la *idea* del delito no es más que la idea

---

sentando así el daño *mediato* á más del *inmediato.* (Carrara, Programma, Sesta edizione, 1886).

de una *relación:* la relación *de contradicción* entre el acto del hombre y la ley. En esto solamente consiste el *sér jurídico* al cual se da el nombre de delito, ó cualquier otro sinónimo. Es este un sér jurídico que necesita para existir de ciertos elementos *materiales* y de ciertos elementos *morales*, cuyo conjunto constituye su unidad; pero lo que completa su sér es la contradicción de estos elementos preliminares con la ley jurídica.

§ 36.

Resulta de ahí que hay equivocación en sostener que el *objeto* del delito es la *cosa* ó el *hombre* sobre los cuales se ejerce la acción criminal. El *delito* se persigue no como *hecho material*, sino como *sér jurídico.*— La *acción material* tendrá por *objeto* la *cosa* ó el *hombre;* el *sér jurídico* no puede tener por *objeto* más que una *idea:* el *derecho* violado que la *ley* protege por medio de una prohibición.

§ 37.

La *acción*, considerada como *hecho material*, se compone de diversos *momentos*, cada uno de los cuales tiene su *objetividad* distinta, que reside en las cosas ó en los hombres sobre los cuales esta *acción* se desarrolla en el curso de sus momentos.

§ 38.

Considerada en el *resultado* del conjunto de estos momentos, su objetividad (no material, sino idéal) varía según la *relación* bajo la cual se considera ese resultado.

§ 39.

Así, (para dar un ejemplo) en el robo el *objeto* del

acto material de tomar la cosa de otro, será la *cosa* misma. Pero este acto, considerado en su relación ideal, hace nacer diversos *seres ideales* según que la *objetividad* varíe. El teólogo ve ahí un *pecado*, el moralista un *vicio*, el criminalista un *delito*. Pero estos tres seres *ideales*—pecado, vicio, delito—¿tienen un objeto idéntico? Nó. El *objeto* del pecado es el precepto *divino;* el del vicio, el precepto *moral;* el del delito, el precepto *civil:* en efecto, la violación de estos tres preceptos distintos y por consiguiente la diversidad de la *relación* de este acto material, es precisamente lo que hace nacer las tres ideas distintas de pecado, de vicio, de delito. Si de otro modo fuera, unificados en el objeto como lo están en el sujeto, estos tres seres ideales se confundirían en uno.

§ 40.

El hombre que delinque es el *sujeto activo principal* del delito. Los instrumentos de los cuales se sirve no son más que un *sujeto activo secundario*. El hombre ó la cosa en que recaen los actos materiales dirigidos por el culpable hacia un fin perverso son el *objeto pasivo* del delito. El derecho abstracto que se viola es el único y verdadero *objeto* del delito.

§ 41.

El *sujeto activo* principal del delito no puede ser sino el *hombre*, pues es esencial para el delito que provenga de una voluntad inteligente, la cual no pertenece más que al hombre; y todo hombre, abstractamente, puede ser *sujeto activo* de delito, aun cuando su posición (1) pueda ser obstáculo para una persecución actual.

---

(1) Este principio general no está contradicho por la práctica que sustrae á ciertas personas de la persecución penal. El príncipe es inviola-

ble y no puede ser enjuiciado, aunque cometa un homicidio, porque se considera que semejante procedimiento desorganizaría el cuerpo social é introduciría en la sociedad el desorden y la anarquía. Los delitos de los embajadores no son juzgados criminalmente por la via ordinaria en consideración á su carácter y á las relaciones internacionales (Bonfils, *De la competence des tribunaux français á l'égard des étrangers*, pag. 354, París, 1865); pero cuando se pregunta si el príncipe y el embajador delinquen, debe responderse afirmativamente, pues un obstáculo para el castigo, no es jamás suficiente para destruir la noción del delito, ni para hacer cesar su existencia, cuando se reunen las condiciones que lo constiuyen. Una cosa es decir que un hombre no puede ó no debe ser castigado, y otra decir que no comete un delito. Nadie exige como elemento del delito *que el hecho sea efectivamente castigable.*

§ 42.

El *objeto* del delito no puede ser sino *un derecho* al cual la *ley* ha acordado expresamente su protección por medio de una prohibición y una sanción. Así, ley que protege y derecho protegido, son los elementos cuya combinación forma la *idea* objeto de este *sér jurídico* al cual damos el nombre de sinrazón *(maleficio)*, crimen, delito, no porque lesione al hombre ó la cosa, sino porque viola la ley. Todo lo que sirve, activa y pasivamente, de instrumento material para la violación, es el *sujeto* activo ó pasivo. (1)

(1) Esta nomenclatura, aunque no agrade á algunos, es la única que responde á las necesidadds de la ciencia y que se presta para expresar con exactitud los diferentes casos. Fué establecida por Carmignani, cuando observó la gran confusión establecida en las ciencias por el abuso de las palabras *objetividad* y *subjetividad;* está adoptada por los criminalistas contemporáneos que se precian de exactos, como Ortolán.

§ 43.

Evitaremos numerosas dificultades si rectificamos estas nociones y distinguimos la objetividad material de la *acción*, de la objetividad *ideal* de ese *sér jurídico* que resulta de la *relación* entre la acción y la ley.

§ 44.

Quien pretenda encontrar el *objeto* del *delito* en la *cosa* sobre la cual recae la acción, ¿dónde lo hallará cuando la acción del delincuente consista en el *uso* de una *cosa que le pertenece*, como puede suceder con la fabricación de llaves ó de moneda falsas y en el sacrilegio?

§ 45.

Quien pretenda encontrarlo en la *persona* sobre la cual recae la acción, ¿dónde lo hallará cuando la acción recaiga sobre el codelincuente? En el incesto, por ejemplo, cuál de los dos, el hombre ó la mujer, sería el sujeto, y cuál el objeto de este delito? El delito resultante del concurso de los dos agentes para la violación de la ley, es *uno*, y no puede tener una dualidad de objeto alternativa; y por otra parte, si en la *ley* ó en el *derecho* atacado se rehusa ver el *objeto* del delito, esta ley y este derecho cuya violación forma la *esencia* de la infracción, qué papel desempeñarán?

§ 46.

Evitamos estas dificultades si comprendemos bajo el nombre de *sujeto* del delito todo lo que es material y sirve para completar la *acción* á la cual se opone la ley. De ese modo se comprende sin dificultad porqué, *á falta de una ley promulgada*, la infracción no puede concebirse: porque carecería de *objeto*. Se comprende también porqué es necesario admitir la noción del *delito*, aun cuando el *sujeto pasivo* no esté dotado de *sentimiento*, ó tenga el sentimiento sin la *inteligencia*, ó tenga, en fin, uno y otro, pero habiendo *consentimiento* de su parte.

§ 47.

El cadáver *no tiene sentimiento*, y sin embargo, en los ultrajes hechos á los cadáveres (1) puede reconocerse un delito, puesto que hay una ofensa á la ley que los protege en consideración á las familias, á la religión, á la moral ó á la salud pública. Los cadáveres son *cosas*, pero el delito puede también perpetrarse en las cosas, cuando hay entre ellas y los hombres vivientes relaciones capaces de procurar á éstos derechos; así, es un derecho asegurado á todos los ciudadanos el que no se infecte el aire, ó que no se deshonre *maliciosamente* (2) la memoria de sus padres.

(1) Aquí ocurre la cuestión relativa á la ofensa contra el *cuerpo mismo* ó el *nombre* del difunto, caso bien distinto de la *degradación de monumentos* y del *robo* de piedras preciosas ó de vestidos sepultados con el difunto.

(2) La condición de la *malicia* en la injuria es el criterio que concilia la teoría de la imputabilidad de las injurias contra los muertos, sostenida por Dupin, con la libertad de la historia, al abrigo de la cual Coquille, Fontecte y otros han querido eliminar en absoluto la posibilidad de acriminar lo que se diga de injurioso contra un muerto, Véase Paillart, *Les franchises de l'historien*, París, 1866, y los autores citados en el § 1816, en nota.

§ 48.

El feto en el seno de la madre, el niño, el hombre dormido ó demente, *no tienen inteligencia*, y sin embargo son aptos para constituir el sujeto pasivo de la infracción, puesto que están provistos de derechos que la ley protege, aunque ignorados por quien los posee, ó violados sin su noticia. (1)

(1) Aquí se presenta esta cuestión (tratada por Lucas, *Sistéme pénal*, pag. 5, y por Tissot, *Droit Pénal*, 1, p. 15): si los animales pueden ser *sujetos pasivos* del delito, en cuanto á las crueldades que ejercen contra ellos sus dueños.

§ 49.

Hay consentimiento en aquellos que han concurrido, por medio de una voluntad libre ó aun por actos, á la acción material ejercida sobre ellos, como por ejemplo, el que se suicida ó el soldado que se mutila para escapar al servicio (1); y sin embargo, como el derecho ofendido es inalienable de parte de quien lo posee, y como lo protege la ley, aun á pesar de él, para mantener el orden, el consentimiento del *sujeto pasivo* no podría destruir la noción del delito: subsiste, pues, y puede ser reprochado, en el primer caso á quien toma parte en el suicidio, y en el segundo al mutilado y al autor de la mutilación. El delito conserva su *objeto*, que es el derecho ofendido, aunque en la misma persona se reunan las calidades de agente y de paciente; del mismo modo, existe el pecado aun cuando no turbe las relaciones del hombre con las otras criaturas, sino que se consume en la persona del pecador. Esta concepción es tan clara, que no podemos explicarnos la persistencia de algunas personas, en decir que la cosa robada ó el hombre matado son el *objeto* del delito, el cual es un sér *ideal*, como lo son todos los que consisten puramente en una *relación*. Usando de la fórmula que rechazamos, se construye el sér completo (el delito) sin comprenderse en él la ley, lo cual es un absurdo.

(1) Estos dos casos están regidos por principios diferentes: en el caso del soldado que se mutila para no servir, la acriminación tiene por base el *derecho* de los otros ciudadanos á ser servidos, derecho que se viola al mutilarse (Inthman, *Dissert. de murcis); en el caso del cómplice de un suicidio, la razón de la acriminación es la *inalienabilidad* del derecho á la vida. Véase Pillwitz, *Diss. de animi ad autochiriam persuasione ejusque pœna*, cap. II. Bahumaner, *Diss. de morte voluntaria.*

§ 50.

Los delitos se dividen en *formales* y *materiales:* los

primeros se consuman por una simple *acción* del hombre, la cual basta por sí misma para violar la ley; los otros no se consuman sino cuando se realiza cierto *resultado*, que es lo único que se considera como infracción de la ley. Esta distinción supone otra, la de *daño potencial* y *daño efectivo*, la cual tiene importancia en la teoría de la *tentativa:* de ella hablaremos más adelante.

§ 51.

Se dividen también los delitos, en delitos de *hecho permanente*, que son los que dejan tras sí una huella; y delitos de *hecho pasajero*, que son los que no dejan huella. Se dividen también en delitos *flagrantes*, no *flagrantes* y *cuasi flagrantes*, según que el culpable es tomado ó nó en el acto de cometerlos, ó bien es perseguido por el clamor público, el *huc fugit*, que en Roma daba lugar á la *quiritatio*, llamada así á causa de la fórmula *Adeste, Quirites*. Estas distinciones son útiles en la teoría del *procedimiento* (1) y de la *prueba*.

(1) No tomo absolutamente en cuenta la célebre distinción entre los *crímenes* y los *delitos;* esta es una redundancia. Además de producir en la práctica más confusión que ventajas, no se puede encontrar en la ciencia, á mi juicio, un *criterio positivo* que permita trazar sus límites. Desear que los delitos puedan distinguirse en dos clases, según que son en la opinión pública más ó menos odiosos y detestados, es una cosa buena y loable: á menudo ha preocupado á los autores, bajo la fórmula de delitos *leves* y delitos *atroces*, la cual *en sustancia* no difería en nada de la fórmula francesa moderna de *crímenes* y *delitos* (Apel, *De discrimine inter delicta atrocia et levia zite statuendo*, Lipsiæ, 1791, in Martini *Collect. dissert.* 8. Brotze, *De præcipuo criminum vel delictorum discrimine*, Vitebergæ, 1787, in *Martini Collect. dissert.* 7. Marckart, *Probabilia*, lib. I, p. 37, y lib. II, p. 94); pero la dificultad consiste en encontrar un criterio preciso que responda constantemente á este juicio de la conciencia universal. Por mi parte, la miro más bien como una verdadera *imposibilidad* que como una simple dificultad; y, á la verdad, no se puede usar aquí el criterio accidental de la *pena*. Véase la nota del § 1080.

§ 52.

Todavía se dividen los delitos en *comunes* y *propios*,

según que puedan ser cometidos por un hombre cualquiera, ó únicamente por aquel que se halla en cierta posición (L. 16, Dig. *De re militare*). Es necesario también, en ciertos casos, distinguirlos en *simples* (ó *indivisibles*), cuando el carácter criminal resulta de una sola acción, y *colectivos* cuando no resulta sino á consecuencia de acciones repetidas que constituyen la *costumbre*, como en la *usura*, según algunas legislaciones. Estas dos distinciones son puramente *teóricas*. En la materia de la *complicidad* y de la *continuación* es importante dividir los delitos en *instantáneos* y *sucesivos*, por ejemplo, el *secuestro de personas*. En fin, para la apreciación de la *gravedad* de los delitos, es útil distinguirlos en *simples* y *complejos*. En esta división se llaman delitos *simples* los que lesionan un solo derecho, y delitos *complejos* (1) los que violan más de un derecho, sea por simple concomitancia (como si, al descargar una arma sobre una persona, se ha herido á varias), sea por la conexión del medio al fin (como cuando un delito es cometido para preparar la ejecución de otro). Es necesario guardarnos de confundir el delito *complejo* con el *simultáneo*, el cual supone diversidad de *fines* y diversidad de *actos*, (§168) aun cuando sean ejecutados al mismo tiempo. Véase la nota del § 2522 y el § 2523.

---

(1) Brunn de Villeret (*Traité de la prescription*, pag. 139) entiende de otro modo el delito complejo: según él, debe llamarse delito complejo al que no se consuma sino por una serie de actos. Pero esta concepción no me parace aceptable ni útil, y me atengo á la doctrina más común. La necesidad de una serie de actos es, en muchos delitos, un accidente que se refiere á la *forma* elegida por el culpable, la cual no influye ordinariamente ni sobre la denominación ni sobre la gravedad del delito. La complejidad es una concepción *objetiva* y nó *subjetiva*. 52

CAPITULO III.

De las fuerzas del delito.

§ 53.

Hemos visto que el delito no es un simple *hecho*.— Es un *sér jurídico* cuya esencia, que consiste en una *relación*, exige el concurso de ciertos elementos que producen *conflicto* del hecho con la ley civil; conflicto que constituye la *criminalidad* de la acción. Nosotros damos á estos elementos el nombre de *fuerzas* (*vis*) del *delito*. La teoría de las *fuerzas* es fundamental en nuestra escuela: sirve para distinguir los hechos que pueden ser declarados *delitos* de los que no pueden serlo sin tiranía: es la luz que guía, sin engañar jamás, en la justa distribución y exacta medida de la imputación de los hechos particulares. Gracias á la teoría de las *fuerzas* (como lo veremos al exponer la doctrina del grado en el delito), se reduce á su mínima expresión la doctrina empírica de las circunstancias atenuantes, que sustrae la justicia penal á la autoridad de los principios científicos, para entregarla á la arbitrariedad del juez, convertido en legislador. Por nuestra parte, no admitimos la imputabilidad social de una acción si no encontramos el concurso de todas las fuerzas que constituyen el delito: no admitimos el aumento ó disminución de imputación, si no encontramos estas *fuerzas* en un grado más ó menos elevado en la acción especial que se trata de juzgar.— Toda la economía de la doctrina penal en materia de delitos descansa sobre este fundamento, establecido el cual, la doctrina se desarrolla en una serie constante de deducciones lógicas, siempre independientes de la arbitrariedad del hombre. Para imputar un hecho ó para imputarlo más ó menos, se procede considerándolo en estrecha dependencia del estado particular de las fuerzas

criminales, según que ellas exijan que sea imputado, que lo sea más ó que lo sea menos, é independientemente de toda influencia de *ascetismo* religioso ó moral, de toda consideración de *utilidad.*

§ 54.

Puesto que el delito consiste en el conflicto entre un hecho del hombre y un derecho, se debe encontrar necesariamente en él el concurso de dos fuerzas. Estas dos fuerzas que constituyen su esencia desde el punto de vista social, son ambas indispensables para que un hecho pueda serle reprochado al hombre como delito: *fuerza moral, fuerza física.* Las dos fuerzas que la naturaleza ha dado al hombre y cuya unión constituye su personalidad, deben encontrarse en un hecho para que sea un *acto humano* y para que pueda ser llamado delito.

§ 55.

Estas dos fuerzas deben considerarse, ya en su *causa* ó *subjetivamente,* ya en su *resultado* ú *objetivamente.*

§ 56.

La fuerza *moral subjetiva* del delito consiste en la *voluntad inteligente* del hombre que ha obrado. Es por esto por lo que se la llama fuerza *interna*, fuerza *activa.* El *resultado moral* de esta fuerza (ó la fuerza moral considerada *objetivamente*) es el temor y el mal ejemplo que el delito produce en la sociedad ó, en otros términos, el daño moral del delito.

§ 57.

La fuerza *física subjetiva* del delito consiste en el *movimiento del cuerpo* por medio del cual ejecuta el a-

gente su designio malvado. Es por esto por lo que se la llama fuerza *interna* y, por oposición á la fuerza que tiene su origen en el alma, fuerza *pasiva*. El *resultado* de esta fuerza (ó la fuerza física considerada *objetivamente*) es la violación del derecho atacado ó, como dicen algunas personas (véase la nota del § 102), el *daño material* del delito.

§ 58.

La fuerza interna produce el *elemento moral* del delito; la reunión de una y otra engendra el *elemento social*. Si la acción del hombre no presenta conjuntamente el carácter moral y el carácter social, no puede la autoridad perseguirla como delito.

Artículo Primero.

De la fuerza moral.

§ 59.

La *fuerza moral* del delito considerada en su *causa* (ó sea la fuerza moral *subjetiva*) es lo que constituye el *carácter moral* de la *acción:* supone el concurso de cuatro condiciones que han debido acompañar la operación interna, en consecuencia de la cual el hombre ha procedido á la operación externa. Estas condiciones son:— 1ª el *conocimiento de la ley* (1); 2ª la *previsión de los efectos;* 3ª la *libertad de elegir;* 4ª la *voluntad de obrar.*

(1) Debe entenderse un conocimiento general de la ley que prohíbe el acto, mas nó del detalle de las disposiciones represivas, como lo ha hecho notar con razón Carmignani.

§ 60.

Las dos primeras condiciones, en lo que concierne á la ley humana, pueden algunas veces no ser más que *potenciales;* las dos últimas deben siempre ser *actuales.*

§ 61.

Las dos primeras condiciones se resumen en la fórmula *concurso de la inteligencia;* en realidad, la violación de la ley entra en los efectos que el agente ha previsto ó que ha debido prever como consecuencia de su acción.

§ 62.

Las dos últimas se resumen en la fórmula *concurso de la voluntad*, porque la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que la una no puede existir sin la otra, del mismo modo que no puede haber materia sin pesantez.

§ 63.

Del concurso de la *inteligencia* y de la *voluntad* resulta la *intención.* Se define: en general—*una dirección de la voluntad hacia cierto fin;* y en particular—*una dirección de la voluntad hacia el delito.*

§ 64.

La intención puede ser *perfecta* ó *imperfecta.* Es *perfecta* cuando la inteligencia y la voluntad están en el estado de *plenitud actual.* Es *imperfecta* cuando una causa cualquiera disminuye (sea habitualmente, sea sólo actualmente) en el agente la fuerza de la inteligencia ó la espontaneidad de la voluntad.

§ 65.

Si la inteligencia, ó la voluntad, ó ambas á la vez han faltado al agente de un modo absoluto, no hay intención, y por consiguiente imputabilidad. Si una ú otra, ó ambas se encuentran solamente disminuidas, subsiste una intención, pero *imperfecta*, una imputabilidad, pero disminuida.

§ 66.

La intención se divide también en *directa* é *indirecta*. Para las necesidades de la ciencia se deduce el criterio de esta distinción, no tanto de los *medios* como del *estado del alma*. La intención es *directa* cuando el efecto culpable ha sido *previsto* y *querido* por el agente, quien ha tomado en cuenta este resultado de sus actos y los ha ejecutado precisamente con el fin de obtener con más ó menos certeza ese resultado. Es *indirecta* cuando el efecto no ha sido más que una consecuencia *posible* de los actos del agente, sea que no la haya *previsto* ó sea que la haya *previsto* sin *quererla*. Si este efecto ha sido *previsto* y, á pesar de esta previsión, se han querido los medios, sin *querer* precisamente el efecto, la intención indirecta toma el nombre de *positiva*, porque si la voluntad estaba en un estado de indiferencia, la inteligencia se encontraba en el estado *positivo*. Mas si el efecto posible no solamente no ha sido *querido* sino que tampoco ha sido *previsto*, la intención indirecta toma el nombre de *negativa*, porque tanto la inteligencia como la voluntad se encuentran en el estado *negativo*. (1)

(1) Véase mi lección sobre el dolo (*Opuscoli* I, pag. 291 y sig.) y Haus, *Cours de droit criminel*, ed. 1861, pag. 79.

§ 67,

Si el agente que ha *previsto* y *querido* el fin se ha servido de medios cuyo resultado sea solamente *posible*, y sus cálculos han realmente obtenido el efecto con que contaba, la *intención* no es *indirecta*, es verdaderamente *directa*. Los *medios* son indirectos, mas no la *intención*, y Desimoni confunde sin razón lo que concierne á ésta con lo que es verdad respecto de aquéllos. Este error proviene de la confusión de la relación *ontológica* con la relación *ideológica del medio al fin:* háse olvidado que los diferentes caracteres de la intención dependen únicamente del estado interno del alma; de ahí ha resultado que se ha buscado en la fuerza *física* lo que se debía haber buscado en la fuerza *moral*.

§ 68.

La intención directa y (según los casos) la intención indirecta positiva, dan nacimiento al *dolo*. La intención indirecta negativa produce la *culpa* ó el *caso fortuito:* tómase por criterio la posibilidad de prever.

§ 69.

El *dolo* se define:—*la intención más ó menos perfecta de ejecutar un acto que sabemos es contrario á la ley*. Claramente se ve que esta definición no presenta el *animus nocendi* como criterio esencial y constante del dolo. Se ha disputado sobre este punto, mas los que han exigido como condición perpetua del dolo el *animus nocendi* no han tomado en cuenta la verdadera objetividad jurídica del delito, y han confundido el daño *particular* con el daño *universal*. En los delitos dirigidos contra el individuo el pensamiento de dañar (ó en otros términos, de lesionar el derecho) podrá ser necesario para que el dolo exista; mas en los delitos que atacan directamente á la

sociedad, el pensamiento de dañar al individuo será á menudo indiferente, porque el designio de violar la ley contiene en sí la idea de dañar á la sociedad. En una palabra, la falta de *animus nocendi* no puede excluir el dolo más que cuando se cambia en la opinión razonada *de que no se viola la ley* (1). Para hablar con más exactitud, se debe distinguir el *pensamiento* de dañar de la *intención* de dañar, como se explica en el § 3669. El uno consiste en la *previsión* de que se dañará; la otra, en la *voluntad* directa de dañar.

---

(1) Carmignani se ha equivocado cuando, siguiendo las huellas de Puffendorf, *(in tract. De culpa)*, ha puesto como condición del *dolo* (el cual es un acto completamente *interno*) la acción externa: ha confundido la noción del *delito* con la del *dolo*. Si bien es cierto que el dolo, enteramente interno por su naturaleza, no *puede* ser reconocido por un hombre en otro hombre sin una manifestación externa, no es menos cierto que no debe confundirse la *nuda cogitatio* con la *determinación* de la voluntad, y que el dolo que consiste solamente en ésta no se vuelve punible (ó, de otro modo, no se convierte en delito) más que cuando ha producido actos externos. Mas cuando se estudia el dolo, no se busca ni el momento en que se le puede conocer, ni el momento en que se le puede castigar: se busca *lo que él es*.—Carmignani se equivoca aún, al hacer consistir el dolo en la intención de *violar* la ley; y los que ven en el dolo un simple acto de *conciencia* cometen un error semejante. Este error se demuestra claramente, averiguando á cuál de las diversas facultades del alma es necesario atribuir la imputabilidad.—Las facultades psicológicas del hombre son tres:—la *sensibilidad*—la *inteligencia*—la *actividad*.—1º De la *sensibilidad* nacen los *sentimientos* de placer ó de dolor, y de aquí los *apetitos* que, cuando ejercen una fuerte presión en el alma, se convierten en *pasiones*. La sensibilidad es el agente que provoca nuestras acciones y nuestras inacciones; se traduce en estos tres fenómenos: sensación, sentimiento y pasión. Mas la sensibilidad, como no es ni iluminada(*illuminata*), ni libre, no puede colocarse entre los elementos de la imputabilidad. 2º La *inteligencia* se traduce en tres fenómenos: la *percepción*, la *memoria* y el *juicio*, el cual es un acto puramente racional. Mas tampoco aquí puede encontrar base la imputabilidad, porque el hecho de no percibir, de olvidar, de engañarse en el razonamiento, no es siempre imputable al hombre. 3º La *actividad* es la facultad de determinarse á una acción ó á una inacción: tiene por condición esencial la *libertad*. La voluntad, como *poder de querer*, es idéntica á la libertad. La libertad, como *resultado de haber querido (fatto di aver voluto)*, no es un poder, sino el ejercicio del poder. Ahora bien, cuando se imputa al hombre una accion, se le imputa porque se ha determinado á ella ejerciendo su *actividad* psicológica. Así, pues, la imputabilidad recae sobre la actividad, y no sobre la inteligencia ó la sensibilidad. Por tanto, la definición del dolo debe presentarlo como *un acto de la voluntad*, y es en la intención donde debe colocarse.

§ 70.

Se distinguen dos *especies* de dolo: el *dolo determinado* (que se halla en la intención *directa)* y el *dolo indeterminado* (que se encuentra en la intención indirecta *positiva*); algunos le dan el nombre de intención *alternativa* (1). El dolo *indeterminado* presupone una intención malvada que tiene *directamente* por *fin* lesionar un derecho, acompañada de la previsión de poder lesionar además un derecho más importante y causar de ese modo un daño más considerable, pero sin voluntad positiva de lesionar también este segundo derecho. Si esta lesión ulterior se realiza, el dolo es determinado con relación á la primera é indeterminado con respecto á la segunda. Mas si lo que se quería *directamente* era una cosa inocente, y si se ha *esperado poder evitar* la consecuencia dañosa, en caso de que resultara, no habrá en cuanto á ella más que una simple culpa: en efecto, haber *previsto que una cosa no debe suceder* equivale á *no haberla previsto*, y nó á haberla *previsto como posible.* Hay contradicción manifiesta entre las dos ideas, y es por esto por lo que no podemos aceptar (y menos concebir) la fórmula nuevamente introducida de *culpa con previsión:* ó bien es un juego de palabras que no tiene sentido, ó bien, si queremos darle sentido, éste debe ser el de previsión de que la cosa no sucederá, y entonces la idea se hace contradictoria, por la razón bien simple de que, si yo preveo *que mañana no lloverá*, es bien claro que *no preveo que deba llover.*

---

(1) Tratan especialmente de la materia del dolo: Bichon, *De dolo in delictis*—Audent, *De voluntate in criminibus*—Robert, *De voluntate deficiente in delictis*—Vaillant, *De libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria.*—Schaffrath, *Doli descriptio.*—D'Anethan, *De meditato delicto.* Mittermaier, *Dell'idea e dei caratteri del dolo malo* (en los *Scritti germanici* de Mori, I, pag. 31).—Wening, *Della presunzione del dolo malo* (ibid., I, pag. 45).—Mittermaier, *Del dolo generale* (ibid., III, pag. 1).

§ 71.

Estas dos especies de dolo forman dos grados diferentes, si consideramos la gravedad del dolo desde el punto de vista de la *certeza* en la *determinación.*

§ 72.

En razón de la *fuerza* intrínseca, es decir, de la mayor ó menor *energía* de la *determinación,* se distinguen cuatro grados de dolo, según el criterio combinado de *duración* y *espontaneidad* en la determinación culpable (1).

(1) Eisenhart, *(De criminis sociis,* § 4*)* ha definido ingeniosamente el criterio del *grado* en el dolo, por medio de esta fórmula: que el dolo es tanto más grave cuanto cuanto más *fácil de vencer* es el impulso de la pasión. Esta observación no es más que el desarrollo de la máxima de Wolf *(Philosophia practica,* §§ 696 y *siguientes)* de que el dolo es un desorden que nace de un defecto de voluntad, y la culpa un desorden que nace de un defecto de inteligencia. Y como todo criterio que sirve para medir tiene su origen en los criterios esenciales, esta fórmula coincide con nuestra graduación; en efecto, *la facilidad de vencer* el impulso está en razón directa del tiempo empleado en la reflexión y en razón inversa de la *energía* de la pasión. El hombre es responsable de sus determinaciones porque Dios ha dotado de razón su actividad psicológica. Mas la razón tiene por condición esencial ser *lenta* y *fría.* Es cierto que siempre podemos, aunque nos falte *tiempo* y *calma,* hacernos culpables de un delito, porque existe la voluntad; pero es una voluntad *menos bien dotada.* Por consiguiente, en tal caso, el dolo tiene una intensidad menor, y el delito presenta una fuerza moral subjetiva menor: á esta menor fuerza subjetiva corresponde, como el efecto á la causa, menor fuerza moral objetiva. Así, pues, sin razón suficiente rechazan ciertas escuelas toda graduación del dolo.

§ 73.

El primer grado que es el más elevado se encuentra en la *premeditación,* la cual reune la frialdad del cálculo y la perseverancia en la voluntad malvada, gracias al lapso de tiempo que trascurre entre la determinación y la acción.

§ 74.

El segundo grado se halla en la simple *deliberación,*

la cual presenta la perseverancia de la voluntad malvada, mas nó la frialdad del cálculo.

§ 75.

El tercer grado se encuentra en la *resolución imprevista* seguida del acto externo sin un intervalo notable: presenta la calma del espíritu, mas nó la perseverancia en el designio culpable.

§ 76.

El cuarto grado está en el predominio y el choque instantáneo de una *pasión ciega* (1). Aquí no encontramos ni la calma del espíritu, ni el intervalo entre la determinación y la acción.

(1) Es necesario añadir la excitación del espíritu por bebidas alcohólicas (D'Anethan, *De meditato delicto*, pag. 42). Mas debe notarse que la embriaguez ó la pasión no son el dolo disminuído, sino la causa que lo disminuye.

§ 77.

Los dos grados primeros se reunen, en el lenguaje práctico, bajo la fórmula de *dolo reflexivo (dolo di proposito)*, y los dos últimos bajo la de *dolo irreflexivo* (*dolo d'impeto*). Mas para la aplicación del grado de imputación respectiva es necesario subdividir, como antes lo hicimos, cada una de estas dos fórmulas, de tal modo que á la diversidad de condición ontológica y moral que es propia de cada grado, responda la diversidad de condición jurídica. El dolo *reflexivo* se compone de dos elementos, *intervalo* y *resolución*.

El *intervalo* entre la determinación y la acción no puede ser solamente de algunos instantes; no hay, por lo demás, nada establecido respecto de su *duración*, y

se deben considerar, más bien que el tiempo, los *actos extraños* que han intervenido (§ 1121 y sig.). Si el intervalo es corto, el delito podrá ser *preparado*, pero nó *premeditado*.

No debe confundirse la *resolución* con el *deseo*, ó con la pasión (por ejemplo, el odio) que ha sido la *causa* de la resolución; tampoco debe confundirse con una idea siempre indecisa que ha agitado el alma (1). Ella debe expresarse por medio del futuro de indicativo.

(1) Esta cuestión está perfectamente desarrollada por Nicolini, *Questione di diritto*, pag. 575 (edición de Liorna).

§ 78.

Cuando el hombre que ha ejecutado un acto del cual ha resultado ofensa á la ley no ha *querido* ni *previsto* este resultado, pero ha previsto y querido sólo el antecedente, no hay dolo en cuanto á la consecuencia. Si la consecuencia que no ha sido ni prevista ni querida, *podía ser prevista*, hay *culpa* (1); si tampoco *podía ser prevista* por el agente, hay *caso fortuito*.

(1) Han tratado especialmente de la culpa: Puffendorf, *De culpa*. Elvers, *De culpa*.—Gaertner, *Finium culpæ in jure criminali*.—Wehrn, *Doctrina juris de culpa et dolo*.—Kleinschrod, *Essenza e punizione dei delitti colposi* (en los *Scritti germanici* recopilados por Mori, I, pag. 81).—Wissinger, *Differentia inter delicta dolosa et culposa:* este autor (en la página 68) ha creído deber distinguir la *culpa* en *reflexiva* é *irreflexiva*, confundiendo la *falta de previsión* con la *falta de reflexión*.

§ 79.

Debemos observar que, para atribuir la responsabilidad de un delito consumado al agente que ha sido su causa, no es necesario que el dolo sea contemporáneo ó concomitante con el momento en que se produce la consumación. En muchos casos el acto que constituye la

culpabilidad del agente está separado de ese momento por un largo intervalo: por ejemplo, cuando el hecho en que consiste el accidente que se ha querido y que viola el derecho, ha sido ejecutado directamente por un tercero. Un hombre ha resuelto matar por medio del veneno á su enemigo que vive en una población lejana, y le ha enviado la sustancia envenenada. El delito no queda consumado por el acto del envío; se consumará tal vez dentro de seis días, cuando el veneno llegue á su destino, y la víctima, que no tiene ningún recelo, lo tome y encuentre la muerte. Esta muerte es imputable al que ha hecho el envío mortífero, y es responsable á causa del *hecho* del envío y á causa del *dolo* que en él había el día del envío. Mas suponed que al día siguiente, sobrecogido de una fiebre nerviosa, este hombre cae en delirio, se vuelve absolutamente irresponsable, y se encuentra en este estado el día en que su víctima recibe la muerte; después, que vuelve á la salud. ¿Podrá disculparse del envenenamiento diciendo que en el día y en la hora en que se verificaba la consumación del delito, no era *capaz de dolo?* Nó, ciertamente, porque su responsabilidad tiene origen en el hecho que ha causado el incidente, aunque entre uno y otro medie un espacio de tiempo ó de lugar y la acción de un tercero. Para considerarlo como responsable, basta que haya habido dolo de su parte en el momento en que ha obrado y que su acción sea la *causa* de la lesión de derecho que se ha producido. He aquí el sentido de la regla: (1) que no es siempre necesario que el dolo sea perseverante y *contemporáneo* del momento de la consumación objetiva del delito.

---

(1) Este fenómeno se encuentra todavía en un gran número de hipótesis y en bastantes clases de delitos. Se encuentra en todos los casos en que el acto que consuma el delito deba ser ejecutado, no por el culpable, sino por la misma víctima; ó cuando deba efectuarse por medio de terceros inocentes, como en el caso de distribuir un libelo infamatorio; ó cuando deba

ser ejecutado por un codelincuente, como el asesinato mandado á un sicario. En todas estas hipótesis puede suceder que en el momento en que se consuma el delito deseado, el que lo ha querido, el que lo ha preparado ú ordenado ó ha sido de algún modo su causa eficiente, no sea ya capaz de dolo, ó muestre un arrepentimiento que haya hecho cesar ese dolo; esto no disminuye en nada su responsabilidad: ella nace del dolo existente en el acto que ha *causado* el delito y poco importa que no exista el dolo en el momento del acto que lo ha *consumado*. Se aplica una regla idéntica á los hechos *culpables* en que la imprudencia ha precedido mucho al momento en que se ha realizado el accidente violatorio del derecho. He cometido una imprudencia dejando veneno al alcance de la mano en un lugar al cual concurren otras personas; si alguno ha llegado allí y por inadvertencia ha tomado este veneno y ha muerto, se me podrá imputar esta muerte: seré responsable aún, si en el momento en que llega esta persona, estuviese dormido, ebrio ó demente; ó si por prudencia hubiera enviado expresamente, para quitar el veneno, un sirviente que ha llegado demasiado tarde.

§ 80.

La *culpa* (A) se define: *la omisión voluntaria de diligencia, por el autor de un hecho, en el cálculo de sus consecuencias posibles y que él podía prever.*

§ 81.

Dícese la *omisión voluntaria*, porque si bien los hechos *culpables* encierran un defecto de *inteligencia*, que consiste en no haber previsto las consecuencias dañosas de un hecho, sin embargo, por su origen este defecto de *inteligencia* se remonta á la *voluntad* del agente; es, por tanto, por un defecto de *voluntad* (1) por lo que él no ha hecho uso de la reflexión, por medio de la cual podía haber percibido sus consecuencias desgraciadas.— Si la culpa fuera simplemente un defecto de *inteligencia*, no sería, por la fuerza de la lógica, ni moral ni socialmente imputable. Lo que hace que lo sea, es el que la negligencia haya tenido su causa en la voluntad del hombre. De la falsa concepción de que hablamos se

(A) La culpa equivale al cuasidelito de nuestro Código Penal de 1880.

han derivado las dudas de Almendingen *(De imputatione juridica)* y otros que han negado la imputabilidad de la culpa, y la fórmula empírica de que la culpa se imputa solamente *por excepción.*

(1) A causa de que la omisión es voluntaria, se ha venido á dudar y se ha objetado que, cuando la voluntad ha calculado si es necesaria ó no la omisión, hay dolo y no culpa. Pero la objeción proviene del olvido de que es esencial á la culpa que la omisión querida no esté acompañada de la *previsión* del efecto que constituye la violación del derecho. Si *omitiendo* absolutamente *calcular* los efectos posibles de su acción, el hombre había *previsto* (como posible ó probable) la lesión que ha podido resultar, habrá dolo indeterminado y nó culpa. Arrojo un cigarro encendido cerca de un montón de paja y se produce un incendio: soy culpable si he obrado sin reflexionar y sin prever que el cigarro tocaría la paja y podría encenderla.—He omitido voluntariamente mirar donde cae el cigarro. El hecho de arrojarlo es voluntario, pero no es voluntariamente como me expongo al riesgo de causar un incendio, porque no lo he *previsto.* Filangieri (*Scienza della legislazione*, lib. III, cap. 37), al trazar los límites del dolo, de la culpa y del caso fortuito, parece haber confundido la *previsión* con la *posibilidad de prever*, y su doctrina ha sido criticada por Wissinger, *Dissert. quœnam sit differentia inter delicta dolosa et culposa*, cap. 2, pag. 20.

§ 82.

No deben sin embargo identificarse los actos culpables con los actos *negativos.* En los delitos de omisión el cuerpo permanece *inactivo*, mas el alma está en *actividad;* es para conseguir un fin determinado para lo que ella exige la inacción del cuerpo. En los hechos culpables el cuerpo puede estar en *actividad*, ejecutar los actos de los cuales resulta el efecto dañoso, pero el alma permanece siempre *inactiva*, porque no aplica sus cálculos á la previsión de los efectos.

§ 83.

Decimos *las consecuencias que él podía prever*, porque toda la esencia de la culpa consiste en la *posibilidad de prever;* mas se debe concebir aquí la idea de la *posibi-*

lidad de prever como bien distinta de la *previsión*. Se puede *no prever absolutamente una consecuencia* que se realiza enseguida. Se puede *preverla como posible*, esperando evitarla, y en definitiva no conseguir este resultado. Hay una simple culpa, no solamente en la primera hipótesis sino también en la segunda con tal que uno no haya obrado con *intención de dañar*. Si se procediera con intención de dañar, en esta segunda hipótesis, la consecuencia sería dolosa, porque el dolo resulta del primer fin. Mas si se ha procedido con un fin inocente, no habrá con relación al segundo efecto más que una simple culpa, porque es la misma cosa *no prever* un resultado fijo ó *prever que no se verificará*. Hay una contradicción cuando se dice: tú has *previsto* que *eso no sucedería*, luego has previsto *que sucedería*. (1)

---

(1) Disparo sobre un animal salvaje: detrás, en la maleza, hay un hombre, y lo hiero. No he *previsto absolutamente* que este hombre estuviero ahí; mas si *podía preverlo*, soy *culpable*. Esta es la primera hipótesis.—Disparo sobre un animal; más lejos, á una gran distancia, hay un hombre; lo veo, hago mi cálculo y *preveo* que, atendida la distancia, el tiro *no llegará hasta él;* mas sucede que el tiro le alcanza y lo hiero: no hay siempre en mí más que una simple culpa. Esta es la segunda hipótesis. No habría razón si se me objetara que yo había previsto la *posibilidad de alcanzarlo*, y que por consiguiente soy culpaple de dolo; no, yo *he previsto que no lo alcanzaría:* me he engañado en mi cálculo, hay culpa, porque el resultado podía ser previsto; pero sería un error pretender identificar la previsión de que *no llegaría* con la previsión de que *llegaría*. He disparado sobre un hombre sin tener intención de matarlo, y en razón de la distancia he previsto como cosa incierta que la bala podría matarlo, lo que en efecto ha sucedido: respecto á la lesión. soy culpable de un dolo determinado, el cual se cambia en dolo indeterminado relativamente á la muerte. No puede ser responsable de simple culpa, porque hay dolo en mi acción, atendida la voluntad de dañar. No puedo ser culpable de dolo determinado con respecto á la muerte, porque yo no la he querido como fin necesario de mi acción, á pesar de que la haya previsto como posible. El que pretende dañar á otro no puede ser simplemente culpable porque, según la fórmula de la práctica antigua, la culpa relativa á la consecuencia es *informata* (trasformada) por el dolo antecedente. Estará en el caso de dolo indeterminado, si, *previendo* el resultado más grave, ha querido correr la ventura y obrar con riesgo de causarlo, sin quererlo precisamente; y en el caso de *preterintención* (§ 1104) s *no ha previsto* el resultado más grave, á pesar de que podía preverlo.

§ 84.

No haber previsto la consecuencia dañosa: en esto es en lo que se distingue la culpa del *dolo. No haber podido preverla*, es en lo que se distingue *el caso fortuito* de *la culpa.*

§ 85.

Es por esto por lo que no es imputable el *caso fortuito*, pues aun suponiendo que haya habido precipitación, no se puede reprochar al agente la omisión de diligencia, puesto que su uso le habría sido inútil (atendida la impotencia absoluta de la inteligencia) para prever los resultados de la acción. Se debe notar en esta cuestión que la posibilidad de prever, sin el *poder de prevenir*, equivale á la imposibilidad de prever, cuando el hombre está en la *necesidad de obrar.*

§ 86.

En un lenguaje perfectamente exacto se da el nombre de *delito* á los hechos *dolosos;* á los hechos *culpables* los han llamado los prácticos *cuasidelitos*, expresión que empleaban los jurisconsultos romanos para expresar una idea en un todo contraria. (1)

(1) Véase Berger, *Disputationes, disput.* 6.—Lussaud, *Des delits et quasi-delits*, pag. 86.—Sijbouts, *De delictis et quasi delictis, secc.* 2.

§ 87.

Si la esencia de la culpa consiste en la *posibilidad de prever* el efecto dañoso que el agente por lo demás no ha querido ni previsto, se debe inferir que el criterio por medio del cual se calcula el grado de la culpa (y por con-

siguiente el *quántum* de la imputación), debe deducirse, no de la *posiblidad* más ó menos grande del efecto dañoso, sino de la mayor ó menor *posilidad de prever* este efecto.

§ 88.

Sobre este criterio de la posibilidad de prever se funda la división de la culpa en *grave, leve y levísima.* La culpa es *grave* cuando el suceso dañoso habría podido ser previsto por *cualquiera persona.* Es *leve* cuando el suceso no podía ser previsto más que por los hombres *cuidadosos.* Es *levísima* cuando no podía ser previsto sino mediante una diligencia *extraordinaria* y *poco común.* (1)

---

(1) El Código español de 1848, en su artículo 480, ha dividido los casos de culpa en *imprudencia simple é imprudencia temeraria;* merecen ser vistas las observaciones de Pacheco sobre este asunto. Un criterio especial de graduación en materia de culpa ha sido propuesto por Wissinger (§ 2, pag. 67): según él, es necesario distinguir la culpa *reflexiva (di proposito)* y la culpa *irreflexiva (d'impeto).* Para aclarar esta distinción pone dos ejemplos: primeramente el caso de aquel que, después de haber reflexionado, tira sobre un animal salvaje que ha visto en un lugar donde había un rebaño: ha tenido tiempo de pensar que si tira sobre el animal podía alcanzar al rebaño ó al pastor: en segundo lugar, el caso del cazador que ve de repente salir bajo sus piés la liebre, y que tira hacia adelante sin tener tiempo de reflexionar y de mirar si hay, en esa dirección, rebaños ó pastores. En cuanto á mí, no creo que en materia de culpa se pueda aplicar con alguna utilidad práctica la distinción entre el *acto reflexivo* y el *acto irreflexivo.*— Las diferencias resultantes de si se ha tenido más ó menos tiempo para reflexionar se resolverán prácticamente con la fórmula de la culpa grave, leve y levísima; y en efecto, la culpa podrá ser considerada como tanto más grave, ó el resultado como tanto más fácil de prever, cuanto más largo haya sido el intervalo trascurrido según las circunstancias. Más valdría tal vez, para graduar la culpa, distinguir entre el caso en el cual no se haya pensado absolutamente en el resultado desgraciado (lo que los romanos llamaban *culpa ex ignorantia)* y el caso en el cual se haya pensado en ese resultado, más previendo que *no sucedería,* (lo que los romanos llamaban *culpa ex lascivia).* Un joven va á tirar sobre un animal salvaje; su amigo le advierte que un hombre se encuentra á alguna distancia: pero (responde el primero), es imposible que llegue el plomo hasta allí; tira, y hiere al hombre; no es culpable de *dolo,* porque ha *previsto* como cierto que *no alcanzaría* al hombre; pero su culpa es más grave que la del que no lo hubiera visto. Estas reglas se sientan en la práctica, mas es difícil, en doctrina, reducirlas á fórmulas absolutas.

§ 89.

Mas como la ley humana no puede nunca llevar sus exigencias hasta imponer á los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias, es indudable que la culpa *levísima* no es imputable según los principios de justicia. (1) No lo es tampoco según los principios políticos, porque la omisión de una diligencia *extraordinaria* no contiene el elemento de la fuerza moral objetiva, pues los ciudadanos no pueden alarmarse á causa de que alguno no use de precauciones que, en general, no se usan entre ellos, y que cada uno siente que tampoco las tomaría en igual caso.

(1) Esto es lo que demuestra perfectamente Barbacovi, en su disertación *De mensura pœnarum*, pag. 85; y aun pone en duda el derecho á la reparación del daño civil en los casos de culpa levísima. Sobre la no imputabilidad absoluta de la culpa levísima, véase el § 1097.

§ 90.

Como la culpa levísima no es imputable desde el punto de vista de la justicia, no puede por consiguiente omitirse en derecho penal esta triple distinción de las culpas, y una legislación (1) que la omita viola la justicia: en efecto, al penar indistintamente todas las culpas se llega á castigar aun la negligencia levísima, y á imponer así á los ciudadanos la obligación de una diligencia extraordinaria que no se puede racionalmente exigir de ellos.

(1) Así, el Código Toscano imputa y castiga la culpa más leve *del mismo modo* que la más inexcusable.

§ 91.

Como veremos más adelante (§ 126), la fuerza moral del delito se encuentra, tanto subjetiva como objetivamente, en los hechos *culpables*, del mismo modo que en los hechos dolosos.

Artículo Segundo.

De la fuerza física.

§ 92.

La ley natural no ha erigido al hombre en defensor de la ley moral ultrajada, sino en tanto que la turbación del orden externo demanda una represión pronta y sensible. Por consiguiente, para que la autoridad civil ejerza legítimamente el derecho de represión sobre los actos humanos, es necesario que estos actos sean capaces de alterar el orden externo ó, en otros términos, de violar los derechos de los demás hombres.

§ 93.

Pero los actos humanos no ofrecen este carácter sino cuando el designio malvado es seguido de un movimiento corporal ó, en otras palabras, de un acto *externo:* los actos internos no pueden por sí solos turbar el orden externo.

§ 94.

Es por esto por lo que en los actos puramente internos podemos ver un *vicio* ó un *pecado,* según los consideremos en sus relaciones con la ley moral ó religiosa; pero no podemos hallar en ellos un *delito.* El sér jurídico llamado delito ha menester necesariamente, pues, de una segunda *fuerza,* que se llama fuerza *física.*

§ 95.

La fuerza *física* del delito considerada en su *causa,* ó subjetivamente, tiene, pues, por elemento el acto cor-

poral: resulta del *movimiento* que el alma imprime á los miembros para hacerlos servir, según su mal designio, para la ejecución del acto culpable. También se la llama *externa*, porque puede ser percibida por otro, y fuerza *pasiva*, porque el cuerpo obedece pasivamente las órdenes de la voluntad.

§ 96.

La fuerza *física* del delito, considerada en su *resultado*, ú objetivamente, consiste en el *daño* causado á otro con la acción. Este daño puede ser *efectivo* ó *potencial:* efectivo, cuando ha tenido lugar *realmente* la *pérdida del bien amenazado;* potencial, cuando ésta no se ha verificado enteramente, pero que sin embargo el resultado del acto externo tiene el *poder* de producirla, y por consiguiente ha habido violación completa de un derecho.

§ 97.

El *daño potencial* es, pues, una cosa distinta del *peligro;* y aun el *peligro* mismo es de dos especies: una cosa es el peligro *temido*, que no ha presentado jamás un *estado de hecho* que vuelva *inminente* la violación del derecho, por ejemplo, las cualidades y las inclinaciones malas de un hombre; y otra cosa es el *peligro corrido*, que resulta de un *estado de hecho* que ha vuelto *inminente*, en un momento dado, esta violación. El peligro *temido* no da lugar nunca á la acriminación (1); entra solamente en el número de las medidas de buen gobierno (A). El peligro *corrido* es la base de la imputación de la *tentativa*, como lo veremos en su lugar (§ 352). El daño potencial puede también hacer nacer la noción del delito *consumado*. Los delitos para cuya con-

---

(A) Jurisdicción de policía.

sumación basta el daño potencial son todos los *formales*, pues la sola *acción* del delincuente, aunque no seguida del *efecto* buscado, forma precisamente una *violación* actual del *derecho*, y por tanto la *perfecta* infracción de la ley. Cuando hay simplemente un *peligro*, el derecho no está todavía *violado*, sino únicamente *amenazado*.

(1) Jonge, *De delictis*, II, pag. 266: *Nemo propter* periculum in futurum *puniri potest*, sed *tantum propter* periculum ortum *ex ejusfacto quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublicæ inminet, dummodo noxit voluntati tribuendum sit.*

§ 98.

En el delito *formal* hay daño *efectivo* en tanto que el derecho *abstracto* es violado, y daño puramente *potencial* en cuanto al derecho *concreto*, ó en otros términos, en cuanto al bien *material* que se quería arrebatar. La *acción* está incompleta desde el punto de vista de su *objetividad material*, pues el agente puede no haber conseguido la ventaja que perseguía; pero el *delito* está completo desde el punto de vista de su *objetividad ideal*, que es el derecho abstracto violado. Debe, pues, entenderse esta distinción, refiriendo siempre la *potencialidad* al bien material amenazado, puesto que con relación al *derecho abstracto* el daño *potencial* lleva siempre en sí la *efectividad* de la lesión. Así, el que injuria puede no haber quitado la honra al hombre injuriado, porque nadie haya creído la injuria, y en consecuencia con relación al bien material el daño ha permanecido simplemente potencial; pero sin embargo el delito está completo porque, teniendo la expresión injuriosa el poder de quitar el honor, la violación *efectiva* del derecho queda por el mismo acto realizada.

§ 99.

Por el contrario, el delito *material* exige siempre,

para consumarse, el despojo *real* del bien al cual se refiere el *derecho* atacado. Por tanto, debe ser *efectiva* tanto la violación del derecho *abstracto* como la privación del *bien concreto.* El delito *formal* se consuma por la sola violación del derecho objetivo. Para el delito *material* se necesita además qne el derecho sea violado en su objetivo, es decir, que el bien que forma el objeto del derecho sea arrebatado.

§ 100.

Así, pues, los actos externos que proceden de una intención culpable no pueden por sí mismos ser todos elevados á la categoría de delitos, sino solamente aquellos que *han dañado* ó que eran *aptos para dañar* los derechos de otro, ó aquellos que en su desarrollo han puesto al derecho en un peligro *actual.* Sin esto el acto externo es civilmente inocente, aun cuando pueda ser reprobado por la moral ó la religión. (1)

(1) La ausencia de toda jurisdicción que en la sociedad pueda castigar las simples ofensas á la moral, ó pesar según sus datos la gravedad de los delitos, es igualmente reconocida por los teólogos juristas: Bensa, *Summa juris naturalis ad errores modernos evincendos accommodata, Parissiis,* 1855, § 968. *Societatis* jus et officium *est* externum solummodo ordinem *tueri, et actus illos* tantummodo *punire, qui ad socialem ordinem turbandum tendunt. Individualis vero honestatis nulla cura societati commissa est, præter quam quæ ad socialem ordinem pertinet. Idcirco objectum juris humani est solum delictum propriæ sumptum. Ergo societati nullum jus est puniendi crimina quæ individuali tantum peccantis bono repugnant. Ergo* punitionis proportio *non ad* moralem, *sed ad* civilem *delicti* malitiam *aptanda est.* Insisto sobre esta verdad para mostrar que no son heterodoxos aquellos que, luchando contra cierta tendencia contemporánea, combaten las teorías de los que querrían llevar á la moral el criterio de la medida de los delitos.

§ 101.

Además, del principio de que la sociedad no está armada del derecho de castigar sino para el manteni-

miento del orden *externo*, resulta que si, en un caso en que el principio de justicia exigiera la represión, se causara al aplicarla un desorden mayor que absteniéndose de usarla, cesaría entonces para la sociedad el derecho de ejercer una justicia que dañaría el orden externo.

§ 102.

Consideremos ahora de nuevo el delito en la reunión de sus dos fuerzas: el daño se divide en *inmediato* ó *directo* y *mediato* ó *reflejo*, al cual algunas personas llaman también daño *moral*. (1)

(1) Intencionalmente no aplico al daño *mediato* la denominación de daño *moral*, porque ella puede hacer nacer (en razón de la antítesis) la idea de que el daño *inmediato* deba ser llamado *físico*, lo cual sería un error. Indudablemente el daño *mediato* es siempre un daño *moral*, en el sentido de que consiste en el efecto producido por el delito sobre el *alma* de los demás; pero ésta no es una razón para que el daño *inmediato* pueda siempre ser llamado *físico* ó *màterial:* resulta de la fuerza física, de la materialidad de la acción criminal, pero no se traduce siempre en un resultado *físico:* puede consistir también en un resultado puramente *moral*, como en la amenaza, la injuria, la blasfemia, etc. No es, pues, exacto llamar con Rossi *mal material* al daño inmediato; y abrimos la puerta al equívoco sí, con otros, llamamos *daño moral* al daño mediato.

§ 103.

El daño *inmediato* es el *mal sensible* que el delito causa al violar el derecho atacado, ya pertenezca este derecho á un solo individuo, ó á varios, ó á todos los miembros de la sociedad, ó aun á la sociedad misma considerada como persona que tiene existencia propia. Lo llamamos *daño directo* porque consiste en la lesión del derecho directamente herido por la *acción* criminal.

§ 104.

El daño *mediato* es el que causa el delito á todos

los ciudadanos contra quienes la acción no atenta directamente. Se le da el nombre de daño *reflejo* porque aquel que lo sufre es lesionado por reflexión y, por decir así, por recobeco.

§ 105.

El hombre en sociedad goza del patrimonio *natural*, y además de un patrimonio que se llama *social*.

§ 106.

El patrimonio *natural* del hombre es el conjunto de todos los bienes que le pertenecen *como individuo:* vida, salud, libertad, hacienda, honor, derechos de familia.

§ 107.

El patrimonio social es el que pertenece al hombre como miembro de una sociedad civil, la cual está constituida con el único fin de proporcionarle la *seguridad* y el *sentimiento de la seguridad.* (1)

---

(1) La *seguridad* y el *sentimiento de la seguridad*, como *derecho*, provienen de la naturaleza. En esto no transijo. El hombre que vive en el estado de asociación sin la protección de un gobierno, no tiene sino una seguridad precaria que depende de sus propias fuerzas, y por consiguiente el sentimiento de la seguridad es débil en él y á menudo le falta. Para lo ÚNICO que es necesaria la autoridad social, es para asegurar la *protección* del derecho: por ella la seguridad y el sentimiento de la seguridad se convierten en una *realidad* de hecho. El hombre aislado tiene el derecho de vivir: es un *derecho natural*, un *derecho de patrimonio natural* al cual la sociedad civil no añade un átomo. El hombre aislado tiene también el derecho de que se respete su derecho á la vida. El *jus defensionis* es un derecho natural inherente á todos los derechos, tanto originarios como derivados. Pero en cuanto al *jus defensionis*, perfecto en su sér ideal, el hombre aislado no goza de él suficientemente. Por más fuerte que sea, puede encontrarse subyugado por otro más fuerte, ó vencido á causa de una enfermedad ó por traición. Del mismo modo, el derecho de *sentirse en seguridad* pertenece al hombre aislado; pero el vago sentimiento de su impotencia disminuye en él su goce. La sociedad asegura la *defensa*, ésta es su misión por la ley natural, su única misión *absoluta*. He aquí por

qué le atribuimos el beneficio de este patrimonio, y si lo llamamos social no es porque la sociedad *lo dé*, sino porque lo convierte en una verdad de hecho, porque nos hace gozar de él realmente. Sí, yo pienso que la ley da al hombre, al mismo tiempo que el *derecho*, la conciencia de la facultad de *defender* este *derecho*. Sí, pienso que de este doble sentimiento del derecho y de la facultad de defenderlo, depende el sentimiento de la seguridad. Pero ¿cómo posee el hombre aislado este sentimiento de defensa y de seguridad? Como una verdad absoluta, en tanto que es una potencia; como una creencia á menudo engañosa, en tanto que se la considera como realidad. Sí, yo pienso con Locke que si es la ley natural la que atribuye al hombre el *jus defensionis*, no es absurdo referir á esta ley el *jus punitionis*, como medio de *defensa directa* para impedir la repeticiones de la ofensa. Y en efecto, la naturaleza ha revelado al hombre el *jus punitionis* por medio del sentimiento de la *venganza*, la cual tiene dos formas psicológicas: la de una simple *pasión*, efecto del resentimiento del mal sufrido, la cual es obra del *sentimiento:* y la de un *cálculo* que tiene por objeto prevenir nuevos daños, la cual es obra de la *razón*. Y aquí hago notar que, aun en el estado de sociedad, se encuentran de hecho muy pronunciadas estas dos formas psicológicas de la venganza. Cuando ultrajo á mi enemigo por puro resentimiento del mal que me ha hecho, mal cuya repetición no temo, ejerzo la venganza pura y simplemente como acto de pasión brutal: cuando apaleo al ladrón que he sorprendido recogiendo la cosecha de mi campo, ejerzo la venganza como acto de razón.—Quiero darte una lección para quitarte la gana de volver. Estas dos formas muy pronunciadas merecían tal vez ser observadas en la práctica también, y tomadas como criterio de una justa proporción en la imputación de los delitos cometidos por venganza.—Bajo la primera forma, el delito es bárbaro y brutal, es un sentimiento vicioso y condenable.—Bajo la segunda forma, cuando no sobrepasa los límites de la corrección, hay en el agente un sentimiento erróneo de justicia. El delito consiste en haber hecho, por su propia autoridad lo que estaba reservado al poder social; y aun cuando el mal infligido por el particular fuera menor que el que hubiera infligido la autoridad, hay siempre un delito, porque hay usurpación del poder social: desde que la sociedad está en aptitud de ejercer este poder, el particular pierde la facultad de obrar por sí mismo. He aquí sobre lo que puede uno fundarse para atenuar la energía de la represión, como lo he demostrado en la introducción al curso de 1859, primera publicación de mi sistema: *Opuscoli, I, opusc.*3.—Pero volvamos á nuestro asunto.—Reconociendo desde luego que la ley natural ha revelado el derecho de castigar bajo la forma de la venganza razonada, no podría admitirse que lo haya concedido además como facultad práctica constantemente aplicable por el hombre ofendido, y esto por tres poderosos motivos: 1° porque la facultad de juzgar está turbada en el hombre ofendido; 2° porque su juicio no es aceptado por el ofensor, 3° porque este juicio no puede ejecutarse cuando el ofensor es el más fuerte. Estas tres dificultades harían imposible para el individuo el ejercicio del *jus punitionis*.—Era, pues, necesario que la disposición de la ley natural invistiera de él á la sociedad.—Y he aquí el patrimonio social completo, gracias á la seguridad y al sentimiento de la seguridad. En este patrimonio social así definido, vienen á comprenderse todos los reglamentos, todas las instituciones que tienden al afianzamiento de la sociedad civil y al desempeño más fácil de su misión esencial, que es la de proteger el derecho. Así, la ley or-

gánica del Estado, la justicia pública, la tranquilidad pública, la fé pública, etc., son bienes que se adquieren por medio de la sociedad, y son bienes reales en tanto que cada individuo obtiene ventaja de ellos en el ejercicio de sus derechos y en el goce de los favores que ha recibido de la naturaleza. El patrimonio social, si me es permitido emplear una comparación, puede ser asimilado al muro que rodea un jardín. Este muro no aumenta la riqueza, la fertilidad natural (patrimonio natural) del jardín; al contrario, por el espacio que ocupa y la sombra que produce, daña en cierto modo su fertilidad natural, su producción. Pero la ventaja de una abundante producción, aunque disminuida parcialmente, se encuentra aumentada en suma por la seguridad obtenida por medio del muro (patrimonio artificial) que la mano del hombre ha levantado para proteger los bienes naturales del jardín. Decir que los hombres están hechos para el Estado, es decir que el jardín está hecho para el servicio del muro. Hacer que, en las sociedades, las medidas de protección jurídica destruyan todo goce de los bienes materiales, es obrar como el propietario imprudente que rodea su jardín de un muro desmesurado, y por tanto le quita el sol y el aire, lo vuelve estéril y destruye toda esperanza de producción.

§ 108.

Al aceptar esta nomenclatura y esta distinción, no se ponen completamente en antítesis los derechos *naturales* y los derechos *sociales*, en el sentido de que éstos tuvieran un origen distinto de la ley natural primitiva, y fueran el producto de convenciones humanas. Si tenemos por cierto que la sociedad civil deriva su origen de la ley natural, y que de esta ley proviene la autoridad que regula el orden externo y el poder que ella tiene de prohibir la violación de los derechos *naturales*, la asociación misma se vuelve un hecho *natural*, y el derecho que tiene todo ciudadano de exigir que se respete el orden de la sociedad de que forma parte es también un derecho que proviene de la naturaleza. En este aspecto, la distinción entre el patrimonio *natural* y el patrimonio *social* no tendría sentido ó tendría un sentido engañoso. Pero si la organización social, la autoridad, la justicia represiva, consideradas en su existencia abstracta, emanan directamente de la ley natural, no sucede lo mismo con sus *formas*, las cuales, con tal que respondan al fin de la ley eterna del orden, son legítimas en todas

sus variedades posibles. Ahora bien, estas variedades, que constituyen la manera de ser *concreta* de tal ó cual organización social de las diversas naciones, son constituidas por el consentimiento tácito ó expreso de los ciudadanos, y por esto es precisamente por lo que decimos *organización social.*

§ 109.

El hombre que vive en una sociedad, además de los derechos que tenga como individuo y que forman su patrimonio *natural*, tiene también derecho á que se respete la forma de la organización *concreta* en la cual encuentra *su seguridad.* El derecho á la *seguridad* procede para nosotros de la naturaleza; pero la sociedad, instrumento de la ley natural para la protección de ese derecho, procura la seguridad por medio de la ley civil, y hace nacer en los ciudadanos el *sentimiento* razonado de ella. Estando constituida así la forma de la protección social, se vuelve el objeto de un derecho ulterior y por consiguiente los ciudadanos tienen el derecho de exigir que sea respetada. En este sentido, la seguridad y el sentimiento de la seguridad componen para el ciudadano el patrimonio que se llama *social;* y por consiguiente cuando un hecho, sin lesionar á ningún individuo, hiere al cuerpo social, atenta contra todos los miembros de la sociedad, no en su patrimonio natural, sino en su patrimonio social, pues al atacar á la sociedad, guardadora del derecho de cada uno, se pone en peligro la seguridad de todos.

§ 110.

Sentado lo anterior, es necesario observar que unas veces el delito no lesionará *inmediatamente* más que á uno ó varios individuos en sus derechos particulares, y

otras veces atacará *directamente* á todos los miembros de la sociedad, no en los derechos que poseen como hombres, sino en los que les pertenecen como ciudadanos de tal Estado.

§ 111.

En el primer caso el daño *inmediato* es *privado* ó *particular;* en el segundo, es *público* ó *universal.* En el primer caso se dice que hay un atentado á la *seguridad privada*, y en el segundo un atentado á la *seguridad pública.* Esta concepción que da por base á los delitos sociales el daño *universal*, rectifica el error en que han caído algunas escuelas modernas (1) que han mirado á la sociedad como el fin á que el hombre debe servir y que por consiguiente han absorvido al individuo en el Estado, imaginando en él derechos propios y viendo en los delitos contra el Estado la violación de una categoría de derechos en un todo particulares á esta personalidad. La sociedad no es más que un *medio*, un *instrumento* indispensable para la protección de los derechos naturales de los ciudadanos: no puede haber antagonismo entre el poder y los particulares. Así, las ofensas contra la sociedad son la lesión, no de un derecho que tenga la persona abstracta, sino de los derechos de todos sus miembros y de cada uno de ellos.

(1) Véase Bélime, *Philosophie du droit*, I, pág. 234.—Thiercelin, *Principes du droit*, edición de 1857, pág. 24 y 25.

§ 112.

Pero el daño inmediato puede ser un daño *público*, no sólo cuando el acto ha producido *efectivamente* un resultado dañoso para todos, sino también cuando esta lesión, tal vez restringida efectivamente á algunos indivi-

duos, ataca *potencialmente* á todos los demás. En los dos casos hay un daño inmediato *público;* en ambos la *seguridad pública* es atacada. (1)

(1) Este modo de considerar el daño inmediato *público* es esencialmente diferente del de la escuela *política* (aceptada por Carmignani), la cual considera como sujeto pasivo de este daño á la persona ideal del Estado. —Aun en el daño inmediato público, el *paciente* se encuentra en los hombres *reales*, y el objeto en el derecho de los individuos reunidos en sociedad, y no en la personificación ideal del Estado. Solamente que no son ya uno ó algunos los que son lesionados, sino todos los ciudadanos; lo cual esclarece la noción del *daño universal* y muestra la gran importancia teórica y práctica de esta noción distinta.

§ 113.

El delito no se caracteriza, pues, por el daño inmediato *privado*, sino en los actos criminales que lesionan al *individuo paciente* de la acción criminal, sin herir por sí mismos ni efectiva ni potencialmente la seguridad universal. El robo, por ejemplo, no perjudica más que á la persona á quien se roba, y este hecho no produce ningún daño *inmediato*, aun potencialmente, respecto á todos los otros miembros de la sociedad.

§ 114.

Pero, al contrario, al ofender, por ejemplo, á la justicia pública, no se hiere solamente á aquéllos en perjuicio de quienes se obra y los cuales tal vez sufrirán el daño *inmediato efectivo*: teniendo esta acción por efecto debilitar la autoridad de los magistrados, ofende *inmediatamente* á todos los ciudadanos, porque todos tienen un interés y un derecho en que haya una justicia y en que sea respetada. Del mismo modo, en la emisión de moneda falsa, el daño efectivo no será sufrido sino por aquel que ha creído buena la moneda falsa; pero el daño potencial recae en todo el mundo, pues la moneda

puesta en circulación, gracias á la apariencia de un valor que no tiene, puede caer en las manos de todos; esta *potencialidad* produce la violación *efectiva* del derecho de todos á que la confianza en la moneda pública no sea alterada; tanto uno como otro daño son *inmediatos*.

§ 115.

Por el contrario, en ciertos actos no es posible concebir el daño *inmediato* de todos. Si alguien ha sido muerto, violentado, robado, injuriado, no se puede decir que ningún derecho de sus conciudadanos haya sido violado, aun *potencialmente*, pues la potencialidad debe encontrarse en el acto consumado, y nó en sus repeticiones posibles supuestas. En casos de ese género, el daño *inmediato* es puramente *privado*. Al matar á un hombre, no se lesiona, aun potencialmente, á ningún otro, y por tanto no se ha violado en los demás derecho alguno á que esta vida fuera respetada. La seguridad de cada uno de ellos, relativamente al *efecto inmediato* del delito, no ha sufrido ningún atentado.

§ 116.

Por consiguiente, el daño inmediato es *universal* ó *público, cuando el delito ataca una cosa en la cual todos los ciudadanos tienen un interés común, y por tanto un derecho á que ella sea respetada*, como la religión, la autoridad, la tranquilidad pública, la propiedad pública, la justicia, etc. El daño inmediato es, al contrario, *particular* ó *privado, cuando el delito ataca una cosa en la cual tienen interés sólo los individuos que han sido pacientes del delito.* De estas nociones resulta que el daño *potencial privado* basta para constituir el delito perfecto, cuando concurre con un daño *efectivo público*. Esta fórmula resume toda la teoría y aclara la doctrina de la tentativa, como en su lugar veremos (§ 374 y sig.).

§ 117.

Pero, tanto en los delitos que causan un daño *inmediato público*, cuanto en los que producen un daño *inmediato* puramente *privado*, hay siempre un segundo daño que es constantemente *público*, porque es soportado *por todos:* el daño *mediato.*

§ 118.

El daño *mediato*, ó *reflejo*, consiste en la alarma que inspira á la gente honrada la consumación de un delito, y en el mal ejemplo que se da á los que son inclinados al mal. Este fenómeno particular es el que imprime un carácter social á todos los delitos, y el que hace que, á causa de un atentado ejecutado *inmediatamente* contra la seguridad de *uno solo*, todos los otros sufran *mediatamente*, por la disminución del *sentimiento de su propia seguridad.* (1)

(1) El consejero Martinelli, en su *Prodromo a un progetto di codice penale*, introduce una nueva fórmula para designar el daño mediato. El delito, dice él, atenta á la *confianza (espettativa)* que tienen todos los ciudadanos en que nadie usará de su libertad con perjuicio de otro. Pero esta fórmula nueva, la *confianza*, no me parece que reemplace exactamente á la antigua, la de daño *mediato:* si ella expresa la agitación producida en el alma de los buenos, no así la agitación excitada por el delito en el alma de aquellos que son inclinados al mal; y por tanto, no abraza las dos formas bajo las cuales se desarrolla la fuerza moral objetiva del delito.

§ 119.

Los hombres, en efecto, viven tranquilos en sociedad en la confianza de que sus derechos están protegidos por la autoridad y por la ley penal contra las pasiones de los malvados. La violación de los derechos de alguno, que á despecho de esta protección viene á verificarse, es un destello que revela la impotencia de la

protección. Al saber que, á pesar de la prohibición, la acción prohibida ha sido cometida, cada cual siente que las malas pasiones rompen el freno de la ley, y duda con razón de su eficacia; y aunque no veamos nuestra propia *seguridad* disminuida, nos sentimos inquietos: todos prevemos que, si alguna pasión impulsa á un malvado á atentar contra nosotros de un modo semejante, la ley represiva no será una protección suficiente, como no lo ha sido para el otro que antes fué víctima del delito ejecutado.

§ 120.

El daño *mediato* del delito es, pues, un daño de pura *opinión:* de una sola causa deriva su esencia ideológica, *de la posibilidad de la repetición.* Cuanto más fácil es la repetición, más gravedad y extensión tienen la alarma y la provocación. Por consiguiente, el daño mediato es *siempre universal,* tanto en los delitos que causan un daño inmediato *universal,* como en los que producen un daño inmediato sólo *particular.* En efecto, como tiene por base la idea de una repetición posible del delito cometido, y esta repetición puede ser hecha por todos contra todos, la *universalidad* de este daño es intrínseca á su naturaleza. Si el delito perpetrado por alguno no pudiera en adelante *repetirse* en diferentes sujetos, no produciría *daño mediato,* y por tanto no tendría un carácter *social.* Así, el daño *mediato* es distinto en un todo del daño *potencial,* pues éste es una condición *real* del hecho que se ha verificado, como el *peligro corrido* (§ 352) en la *tentativa;* el daño mediato depende de la *previsión* de nuevos hechos. Los tres son diferentes del simple *peligro temido,* el cual no tiene otra base que un cálculo del espíritu que no se refiere á una violación efectiva del derecho.

§ 121.

Ahora bien, este efecto del delito no es el resultado sólo de la fuerza *física*, sino de la fuerza *física* y la fuerza *moral* combinadas.

§ 122.

En efecto, cuando un hombre muere de enfermedad ó por accidente, los demás pueden experimentar pena; pero ese acontecimiento no disminuye el poder moral de la autoridad y la confianza en la ley y la justicia. Nadie cobra ánimo por eso para turbar el orden externo, nadie siente disminuir en sí el *sentimiento* de estar *en seguridad* contra los ataques de los malvados.

§ 123.

El mal ejemplo y el temor resultan solamente cuando se llega á saber que esta muerte ha sido causada por el acto de un hombre, con mala intención ó por imprudencia. Entonces se siente que el hecho que lesiona al *individuo*, hiere también á *la ley*. La lesión de la ley añade el efecto *moral* al efecto *físico* de la lesión material, y por consiguiente la aminoración de la fuerza moral de la autoridad añade al hecho *directamente* dañoso el carácter de serlo también *indirectamente*.

§ 124.

Por eso es por lo que el fundamento de la imputabilidad social del *dolo* y de la *culpa* estriba en esa combinación de la fuerza *moral* con la fuerza física. Es necesario que la autoridad, ofendida por el hecho *doloso* ó *culpable*, se vindique en la opinión de los ciudadanos, llamando al ofensor á dar cuenta de su acto. Al repro-

chárselo é imputárselo como delito, ella opone fuerza moral á fuerza moral, y al paso que el delito había alentado á los malos é intimidado á los buenos, la autoridad intimida á los malos y da vigor á los buenos.

§ 125.

Si la culpa debiera ser considerada como un simple *vicio* de inteligencia, habría que dudar de su imputabilidad social y buscar, para darle ese carácter, un pretexto distinto de los principios fundamentales de la justicia. Pero puesto que en la culpa se encuentra ciertamente un *defecto de voluntad*, es un error inútil el insinuar que el fundamento de la imputabilidod social de la *culpa* sea la *sospecha de dolo*. La justicia no puede imputar *por sospechas*, y esta fórmula conduciría á consecuencias absurdas en la graduación de la imputación de los hechos *culpables*. Por consiguiente, la fórmula de *sospecha de dolo*, imaginada por Carmignani, es inaceptable. Sucede lo mismo con la fórmula, destituida de sentido, dada por Mori, de que los hechos *culpables* se imputan *por excepción*. Otro tanto hay que decir de la especiosa invención de Almendingen, quien, no viendo en la culpa más que un defecto de inteligencia, ha ido á buscar en la necesidad de *corregir* á los negligentes, el derecho de la sociedad de acriminar las *culpas*.

Todas estas especulaciones no podrían tranquilizar la conciencia social, acerca de la legitimidad de la represión de los hechos imprudentes, si estos hechos no pudieran considerarse como un *defecto de voluntad:* no sería fácil, en efecto, demostrar que pertenece á la autoridad el derecho de castigar á un hombre so pretexto de *corrección*, de *excepción* ó de *sospecha*, por actos qne no le fueran imputables moralmente (§ 31). Pero desde que se rectifica la noción del orígen de la culpa, todas estas dificultades desaparecen. Ningún moralista ha negado

jamás que los actos *culpables* hagan nacer la obligación de reparar el daño causado. Ahora bien, si sucede que una culpa causa no solamente un *daño privado*, sino también un *daño social*, porque disminuya en los ciudadanos el sentimiento de su propia seguridad, es evidente que la culpa obliga también á la reparación de este daño, y por tanto, puede imputarse también socialmente. En el daño *social* estriba la razón fundamental que da un carácter *social* á la *imputabilidad moral* previa.

§ 126.

El fundamento de la imputabilidad social de los actos *culpables* es absolutamente análogo al de los actos *dolosos:* consiste en el concurso del daño *mediato* y el daño *inmediato*. Los actos *imprudentes* disminuyen en el buen ciudadano el *sentimiento de su seguridad* y dan mal ejemplo al que es inclinado á ser imprudente. Los hechos *culpables*, en tanto que consisten en un defecto de voluntad, son moralmente imputables, porque es un acto voluntario el tener *inactivas* las facultades intelectuales. El hombre negligente, aunque *no haya querido* la violación del derecho, *ha querido* el acto en el cual hubiera debido reconocer la posibilidad ó la probabilidad de esa lesión. Por consiguiente, si los hechos imprudentes llegan á producir un mal social, deben ser también, en la medida y proporción convenientes, imputables socialmente, puesto que ellos también producen el resultado social de que la ofensa, materialmente *particular*, cause una perturbación moral *universal;* además, el ciudadano tiene derecho de ser defendido, no solamente contra los facinerosos, sino también contra los negligentes.

§ 127.

Hay, sin embargo, una gran diferencia entre la im-

putabilidad de unos y otros, en lo que concierne al daño inmediato: para los actos *dolosos*, puede no ser más que *potencial*, puede consistir en la lesión de un derecho *reintegrable*, puede, en fin, ser reemplazado por el *peligro corrido;* todo lo cual no tiene lugar en los actos *culpables*. Estos no pueden ser imputados para fines penales, si el daño directo causado por ellos no consiste en el despojo *efectivo* de un bien *no reintegrable*. No podría aceptarse la doctrina exagerada de algunas personas, (§ 366, nota) que llegan hasta sostener que se pueden acriminar aun los hechos *culpables* que no han causado ningún daño.

CAPITULO IV.

Idea general de la calidad, de la cantidad y del grado en los delitos.

§ 128.

Hasta aquí hemos examinado qué condiciones en general debe reunir un acto para que la autoridad social tenga el derecho de *acriminarlo*. Pero, encontradas las condiciones de imputabilidad social de un acto, no puede quedar en el poder del legislador el imputarlo más ó menos, á su arbitrio. Existen reglas de razón absoluta que limitan este poder, y la autoridad social no puede apartarse de ellas sin violar el principio de la protección ó sin traspasar los límites de la justicia. Esas reglas se resumen en la fórmula de que los delitos deben imputarse en proporción exacta de su *calidad*, de su *cantidad* y de su *grado*. En efecto, cuando dejamos de considerar el delito *in abstracto*, en su noción general y sus condiciones, y descendemos á examinarlo en sus aplicaciones *particula-*

res, encontramos naturalmente entre una y otra especie diferencias muy importantes, diversidades de *calidad*, de *cantidad* y de *grado*. He ahí las tres nociones que, según la doctrina y la nomenclatura exactísima de la escuela italiana, tenemos que desarrollar ahora para completar la teoría del delito.

§ 129.

Si todos los seres que se presentan á nuestra consideración fueran perfectamente idénticos, las ideas de *calidad*, *cantidad* y *grado* no podrían ser concebidas por la inteligencia humana. Si los seres fueran de tal modo diferentes que no se pudiera apercibir entre ellos ninguna relación de identidad, estas ideas, por la razón contraria, serían también inconcebibles. Pero los seres que pertenecen á un mismo *género* tienen entre sí un gran número de caracteres *comunes* (relaciones de identidad) y de caracteres *propios* (relaciones de variedad). Esto hace que varios seres que por ciertas relaciones de identidad entran en el mismo *género*, se distingan entre sí por ciertas relaciones de variedad, y formen de ese modo otras tantas especies diferentes.

§ 130.

De ahí se deriva, en primer lugar, la noción de la *calidad*. La *calidad*, en el sentido general de la palabra, es lo que hace que la cosa sea *tal como es*. En los delitos, la *calidad* es lo que hace que un acto criminal constituya tal delito más bien que tal otro: esto es lo que distingue un *título* de delito de otro *título* de delito.

§ 131.

Pero cuando, según las condiciones constitutivas de

los objetos que se estudian, se ha distinguido exactamente la relación de *calidad*, se presenta entonces de especie á especie la relación de *cantidad;* de lo cual deriva la necesidad de encontrar el justo criterio que debe emplearse para reconocer en una especie una *cantidad* mayor que en otra especie.

§ 132.

La *cantidad* es lo que hace que entre las diversas especies comparadas entre sí, exista una relación de *más* ó de *menos*.

§ 133.

El cálculo de la relación de *cantidad* varía de especie á especie según el elemento que se tome como criterio para medirla.

§ 134.

Así, cuando comparo las condiciones ontológicas del franco con las de la moneda de cinco céntimos, obtengo que, vistos los numerosos caracteres de diversidad que existen entre una y otra, las dos monedas son de *calidad* diferente. Cuando llego en seguida á calcular su *cantidad* relativa, si tomo por norma en mi juicio, por ejemplo, el *volumen*, diré que en los cinco céntimos hay una cantidad mayor que en el franco; si considero el *peso*, llego á la misma consecuencia; al contrario, si tomo el *valor*, digo que el franco representa una cantidad mayor que la moneda de cinco céntimos.

§ 135.

Del mismo modo, en el delito no basta distinguir

las especies y abtener así la noción de que un hecho criminal (v. g. el robo) constituye un *título* de delito diferente de aquel que resulta de otro hecho criminal (v. g. del homicidio): allí termina la investigación de la *calidad;* pero tenemos necesidad de saber, además, cuál de los delitos con relación al otro es el *más grave*, á fin de imputarlo con justicia. Tal es la investigación de la *cantidad.*

§ 136.

Por la primera llego á conocer, por ejemplo, que el hecho de robar produce un título de delito diferente del hecho de matar. Por la segunda vengo en conocimiento, por ejemplo, de que el homicidio presenta una cantidad de mal social mayor que la que se encuentra en el robo. Si la investigación de la *calidad* de los diversos delitos no fuera seguida de la diferencia posible de *cantidad* social respectiva, sería puramente tecnológica, no tendría ningún interés práctico. Pero la investigación de la *calidad* ó *título* es, por el contrario, de gran utilidad práctica, á causa de la necesidad de distinguir la cantidad de los delitos que tienen diferente *calidad*, para atribuir á cada uno de ellos la imputación legítima que le corresponde.

§ 137.

Pero el derecho penal no debe determinar solamente los *títulos* de los diferentes delitos y la *preminencia abstracta* de un título sobre otro; el derecho penal, en su aplicación práctica, no tendrá que juzgar ni los *géneros* ni las *especies*, sino los *individuos*. Ahora bien, en los hechos considerados individualmente puede suceder que falte algo á las condiciones ordinarias y normales. Tal es la *degradación* en los delitos.

§ 138.

Las dos fuerzas que constituyen el delito no se desarrollan siempre en un solo momento. La voluntad puede recorrer diversas faces, según que esté acompañada de una inteligencia más ó menos lúcida, ó de una libertad de elección más ó menos grande; y del mismo modo, la fuerza física puede resultar de una serie más ó menos larga de momentos, según el número de los actos empleados para llegar desde el primer acto de ejecución hasta el de consumación. Estos momentos de cada una de las fuerzas que componen el delito, forman otros tantos *grados*. Cuando las dos fuerzas están completas en sus momentos respectivos, el delito es *perfecto;* al revés, es *imperfecto* cuando falta á una ú otra de estas fuerzas, alguno de los momentos necesarios para que sea completo. Entonces, en el cálculo de la imputación debemos sustraer los momentos ó grados que faltan, de la suma de grados que hubiera presentado el delito *perfecto*, é imputar al culpable sólo los grados de delitos que queden después de esta sustracción. Es por esto por lo que se dice que el delito está *degradado* (ó disminuído); pero su especie no ha cambiado.

§ 139.

Cuando, por el estudio de la calidad, he reconocido que una moneda es diferente de otra; y cuando, mediante el estudio de la cantidad, he reconocido que la una tiene un valor mayor que la otra; si vengo en seguida á aplicar á los individuos esta segunda noción, puedo caer en un error sino tengo el cuidado de examinar todavía, en *cada individuo*, si en él se encuentran causas de *degradación*. Este examen puede algunas veces conducir al resultado de que tal moneda, que por su especie debería tener un valor mayor que tal otra, ten-

ga al contrario uno menor á causa de su degradación individual, v. g., si está usada ó recortada.

§ 140.

Asimismo, en el delito, después de haber reconocido que á los dos actos corresponden dos títulos distintos, y que de estos títulos uno es más grave que otro, puede suceder que al aplicar estas nociones á un hecho considerado individualmente, se encuentre una laguna en las condiciones ordinarias de su especie, de tal manera que este hecho particular que examino, aunque pertenezca á una especie que de ordinario representa una cantidad mayor que otra especie, vendrá á tener una menor, á consecuencia de su degradación. (1)

(1) Las circunstancias que, en el lenguaje práctico y legislativo, son llamadas *agravantes* en materia de delitos especiales (como la fractura en el robo, la alevosía en las heridas, la violencia en el adulterio, y todas las demás de esta especie), no pertenecen á la teoría del *grado* en el delito, sino á la de la *calidad* y de la *cantidad*. Estas circunstancias aumentan la *cantidad* social del delito, sea porque ellas constituyan la violación de varios derechos, sea porque, disminuyendo la eficacia de la defensa privada, aumentan el daño mediato. El efecto de esas circunstancias es el de cambiar el *título* del delito (ya variando su nombre ordinario, ya añadiéndole una calificación desfavorable); hay, por tanto, cambio de la *especie*, y nó degradación ó agravación (§ 201 y sig.) En este sentido precisamente las circunstancias agravantes no pertenecen á la teoría del *grado*. Lo que aumenta la *cantidad* del delito cambia el *sér jurídico*, vuelve diferente su especie; el grado supone el mantenimiento del título ordinario.

§ 141.

La cantidad *abstracta* permanece siempre la misma, pero la gravedad *concreta* del delito se modifica á causa de un vacío accidental en sus elementos constitutivos.— Esto es lo que determina el *grado* del delito. La diferencia entre lo que concierne al *grado* y lo que toca á la *cantidad* del delito, equivale á la diferencia entre lo que *desnaturaliza* un sér y lo que lo *degrada* sin desnaturali-

zarlo. Se puede decir en términos generales, como pronto lo veremos, que la modificación en la cantidad resulta de la relación objetiva, y la del grado de la consideración subjetiva del delito.

§ 142.

Esta modificación, y por consiguiente el efecto del grado en el delito, puede extenderse hasta el punto de hacer *cesar* toda imputabilidad social, del mismo modo que la degradación de una moneda puede llegar hasta quitarle todo su valor.

§ 143.

Cuando produce ese efecto, la circunstancia es *justificante* (ó *dirimente*); en los otros casos se la llama *excusante* (ó *disminuyente*), fórmula que estaría mal aplicada en el primer caso, pues cuando la idea del delito desaparece, la idea de *excusa* no tiene ya objeto.

§ 144.

Pero en esta última aplicación, la denominación de *grado*, si bien se considera, es menos exacta porque en la *negación* de un sér no hay un *grado* de él. Sin embargo, por una razón de orden reunimos la materia de las circunstancias *disminuyentes* y la de las *dirimentes*, y tratamos de unas y otras en la teoría del *grado*, aunque estas últimas no *degradan* el delito, sino que lo destruyen.

§ 145.

Cuando dos delitos coinciden en calidad, cantidad y grado, deben por principio de justicia identificarse en la *imputación*. En efecto, si por una ley admirable de la

naturaleza no puede haber dos seres materiales perfectamente idénticos, porque las variedades infinitas del espacio, del lugar y del tiempo se oponen á ello, el hombre puede al menos concebir la noción de identidad en los seres ideales, los cuales son independientes de toda idea de espacio. Es por eso por lo que, aun cuando dos actos deban necesariamente diferir en las circunstancias materiales, sin embargo, si los consideramos en su relación ideal con la ley, los delitos que de ellos resulten serán idénticos en su condición de seres jurídicos, siempre que entre ellos no existan diferencias de calidad, cantidad ó grado.

CAPÍTULO V.

Criterio de la calidad en los delitos.

§ 146.

En toda ciencia, la *calidad* es lo que sirve de guía para ordenar los objetos. En derecho penal, la *calidad* de los delitos es lo que sirve para su *clasificación.*

§ 147.

Mas para clasificar los objetos de una ciencia ó, en otros términos, para asignarles su *calidad* respectiva, no podemos prescindir de tomar por criterio *un elemento particular de relación* de objeto á objeto. Ahora bien, la dificultad de hacer una buena clasificación consiste en la necesidad de encontrar el criterio más exacto de relación que se debe considerar á ese efecto, visto el fin de esta ciencia.

§ 148.

Si lo hiciéramos de otro modo, estableceríamos clases confusas é introduciríamos la oscuridad donde es necesario llevar la luz. El que, por ejemplo, clasificara los cuerpos según su color, se vería conducido á poner el oro y el aceite, la sangre y el vino en la misma clase; lo que sería un error grosero.

§ 149.

Todos los atributos de un sér no pueden, pues, ser aceptados como criterio de su *calidad*, sino únicamente aquellos que constituyen la *esencia* particular de él. Todo el arte de una buena clasificación consiste en distinguir entre los *accidentes* y la *sustancia*.

§ 150.

Pero la *esencia* del delito (entendiendo siempre por esta palabra el delito verdadero y *propiamente dicho*, bien diferente de las *contravenciones* (1) *de policía*), consiste en la *violación de un derecho* protegido por la ley penal.— Por consiguiente, el criterio más natural para definir bien la *calidad* de los delitos y para clasificarlos exactamente, es el que se deduce de la *diversidad de los derechos lesionados*. (2)

---

(1) Las *contravenciones* (es decir la violación de las leyes que protegen, no el *derecho*, sino la *prosperidad*, y que tienen por fundamento sólo el principio de utilidad) se clasifican según la *naturaleza del bien* que se quiere producir al prohibir los hechos que las constituyen. No se las podría clasificar tomando por norma el *daño* ó el *derecho* violado, porque no hay aquí, al menos esencialmente, ni *daño* ni *violación* de *derecho*. No sería posible, pues, en la clasificación de las contravenciones, aplicar el criterio que nos ha servido para clasificar los delitos: no se podría recurrir al *dolo*, porque no es un elemento necesario; no se podría recurrir á la *impulsión*, ni (para hacer valer la idea felizmente concebida por Ellero sobre la clasificación que debe adoptarse en las leyes puramente *preventivas*) clasificar las contraven-

ciones según la *pasión* que impulsa á obrar, por la sencilla razón de que en las contravenciones no sucede siempre que una *pasión* haga obrar al contraventor. También es verdaderamente necesario é inevitable, en materia de reglamentos de policía, deducir la clasificación de las contravenciones de la naturaleza del *bien* protegido por la prohibición de ciertos actos moralmente inocentes y que no causan *actualmente* ni violación ni amenaza del derecho. Este es en efecto el método generalmente seguido en estas materias.

(2) La consideración de los *derechos lesionados* ha conducido á Lucas á un resultado diferente del nuestro. Él divide los delitos en tres grandes clases:—delitos *contra las personas*—delitos *contra las propiedades*—delitos *mixtos*. Esta clasificación puede servir para un trabajo de estadística pero no para una teoría penal, ni para un código. Además, ella no deja lugar para los delitos políticos; esto, á decir verdad, no inquietaba á Lucas, porque él había abandonado categóricamente esta clase de delitos. Son, del mismo modo, irregulares á los ojos de la ciencia las clasificaciónes que se deducen de la *acción* ó de la *pena*, y son inaceptables las que se quisieran fundar sobre el *dolo* ó sobre la *impulsión criminal*. Véase Carmignani, *Teoría della sicurezza sociale*, II, cap. VI.

§ 151.

Aunque no haya lesión de derecho sino mediante el acto físico, la fórmula de que nos hemos servido, *diversidad de derechos lesionados*, no es idéntica á esta otra, *diversidad de actos físicos*. En efecto, dos actos físicos semejantes pueden ser empleados por dos personas para violar derechos diferentes; y, vista la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, puede resultar (á pesar de la identidad de los actos físicos) una diversidad de delitos en razón de la diversidad de intención de los agentes que emplean el acto físico para lesionar un derecho más bien que otro. Se buscaría pues, en vano, en la fuerza física subjetiva el criterio de la calidad.

§ 152.

Esta observación se une al firme principio de que, para la ciencia, el *delito* no es un *sér material*, sino un *sér jurídico:* de donde se sigue que su *objeto* no es la cosa

ó el hombre, sino el precepto violado. Por consiguiente, si el derecho atacado varía, el precepto protector de este derecho varía también, y del mismo modo el sér ideal llamado delito. Así, el mismo hecho, por ejemplo el de cortar un árbol, con el mismo resultado de que el arbol sea cortado, puede constituir, según el fin del agente, ya el título de daño injustamente causado, ya el de robo, ya el de la justicia que uno se hace á sí mismo, ya el de turbación de posesión.

§ 153.

Se deduce evidentemente de aquí que el *objeto* del delito (si queremos usar de un lenguaje que responda á las necesidades de la ciencia y de la práctica) debe reconocerse en la violación de la ley, deducida del *fin* del agente. Esta es la razón por la que los actos materiales perfectamente semejantes, de los cuales Cayo se ha servido para violar un derecho y Ticio para violar otro cualquiera, hacen nacer dos delitos *esencialmente* diferentes.

§ 154.

Ahora, volviendo á lo que hemos dicho á propósito del daño *inmediato*, encontramos que puede ser, ya *público* (ó *universal)*, ya *privado* (ó *particular)* según que el delito viole un derecho *universal* ó un derecho *particular.* De aquí la primera división de los delitos en ofensivos á la *seguridad pública* y ofensivos á la *seguridad privada.*

§ 155.

Pero la ofensa á la seguridad *pública* puede verificarse bajo la forma de un ataque contra la sociedad en la *autoridad* que la representa, ó de un ataque contra la sociedad en los *miembros* que la componen.

§ 156.

Las ofensas á la seguridad pública, en el primer caso, toman el nombre de *delitos políticos propiamente dichos* ó *directos*, porque el daño inmediato resultante del ataque contra la *persona moral* (la sociedad) no ataca en ninguno de sus *derechos particulares*, sino como consecuencia, á los *individuos* que la componen; pero los ataca á *todos* en el derecho que todos y cada uno de ellos tienen á que se respete el orden público, del cual esperan su protección jurídica: es una lesión de la *ciudadanía (città)*, puesto que hiere un derecho universal, un derecho de que gozan todos los ciudadanos.

§ 157.

Las ofensas á la seguridad pública, en el segundo caso, se llaman *delitos políticos impropiamente dichos* ó *indirectos*. También en estos delitos el daño *inmediato efectivo* es sufrido solamente por algunos individuos, ó bien no es experimentado por ningún individuo en particular; pero el delito hiere á todos los ciudadados conjuntamente, porque todos son ofendidos no sólo *moralmente*, por el temor de una *repetición* (lo cual quedaría comprendido en el daño *mediato)*, sino también *materialmente*, por los efectos del acto *ya consumado* que ha violado un derecho que pertenece á *todos*. El daño inmediato es *efectivo* con relación al derecho *abstracto*, es decir, con relación al derecho de ver respetar aquello que interesa á *todos*. Puede no ser *efectivo*, pero es siempre *potencial* con respecto al despojo de *un bien concreto* que sufren los ciudadanos. En razón de esta *potencia*, los delitos de este género amenazan indistintamente á *todos* los miembros de la sociedad, y si los colocamos en la clase de los delitos *políticos*, es porque producen un daño *inmediato universal*. Mas como su autor no pretende ata-

car la *persona moral* de la sociedad, les damos el nombre de delitos políticos *indirectos*.

§ 158.

En los delitos *políticos*, tanto *directos* como *indirectos*, todos los ciudadanos son lesionados en su *patrimonio social*, no sólo en lo que concierne al simple *sentimiento* de la seguridad, sino en lo que verdaderamente constituye la *seguridad*.

§ 159.

Los delitos contra la justicia, contra la religión, contra la tranquilidad pública, contra la fe pública, contra el derecho de gentes, contra la salud pública, pertenecen á esta segunda parte de la primera clase. Se encuentra en esta clase de delitos el distintivo común de que no exigen, para su *perfecta consumación*, la *efectividad* del *daño inmediato* particular. El daño *universal* encuentra su *efectividad* en la pura ofensa al *derecho* atacado, cuando ella es perfecta en sus condiciones particulares; y la preponderancia del derecho *universal* ó *público* sobre el derecho *particular* ó *privado* (preponderancia que cada cual siente) conduce á la regla de que es indiferente, para la perfección de estos delitos, que produzcan la efectividad ó solamente la potencialidad del daño *inmediato*, como lo mostraremos después (§ 374).

§ 160.

Esta división de los delitos en dos grandes clases, según que ataquen inmediatamente los derechos *naturales* de uno ó de *algunos* individuos determinados, ó al contrario los *derechos sociales*, y por consiguiente los derechos de *todos* los *miembros de la sociedad*, semeja exteriormente la reproducción de la división de Carmignani

en delitos *políticos* y *político-civiles;* mas la idea es esencialmente diferente. Según el sistema de Carmignani, la personalidad de todos los ciudadanos se confunde en la personalidad del Estado: á esta personalidad ideal da una suma de derechos que él considera que le pertenece en propiedad, y tomando por punto de partida la sociedad como sér que tiene existencia propia, encuentra los delitos *políticos directos* en la ofensa hecha á esta persona jurídica, sin tomar en cuenta el derecho que tienen los miembros de la sociedad á que ésta exista. El derecho, según esta concepción, está en el *Estado*, del mismo modo que otros lo hacían residir en la *persona* del príncipe. En seguida, considerando como sustentáculo de esta persona las instituciones sobre las cuales reposa el Estado, encuentra en las ofensas á estas instituciones los delitos que él llama *políticos indirectos.* También ha sucedido que el fraude público, la falsificación de moneda y los delitos contra la hacienda y la salud públicas han venido á ser para él anomalías, y con más exactitud ha debido mirar como *instituciones sociales* la paz pública y el derecho de gentes. Nuestra división, al contrario, no busca los derechos en la persona del Estado. Nosotros consideramos á los ciudadanos en conjunto: si el delito lesiona una cosa en la cual *todos* tienen un interés y un derecho comunes, decimos qne es un delito de daño *inmediato universal*, y lo colocamos en la clase de los delitos políticos, que preferimos llamar delitos *sociales*, porque semejante comunidad de intereses y de derechos no puede provenir más que de la asociación. Si el acto lesiona una cosa sobre la cual no tienen ningún derecho los otros ciudadanos, sino el paciente del hecho criminal, lo llamamos delito de *daño inmediato particular;* y como el individuo recibe de la naturaleza estos derechos, damos á esta clase de delitos (que son poco más ó menos los delitos *político-civiles* de Carmignani) el nombre de delitos *naturales*.

§ 161.

Los delitos *naturales*, ó delitos contra la seguridad *privada*, son, pues, aquellos en los cuales el daño *inmediato* es *particular*, es decir que el daño, tanto *efectivo* como *potencial*, no hiere más que á un *número limitado* de individuos. El ataque á un derecho *individual*, que en los delitos de la primera clase puede no hallarse, se supone siempre aquí. Estos delitos no ofenden más que los *derechos naturales* del hombre, y su carácter *político* les viene únicamente del simple daño *mediato*.

§ 162.

Esos delitos se subdividen segun los *diferentes bienes* á los cuales se refiere el derecho ofendido en el individuo. Por medio de este criterio, como los *bienes* que pueden ser atacados por la acción malvada se reducen á seis categorías, dividimos en seis partes esta segunda clase según que la acción criminal haya atacado, en el hombre que la ha sufrido, el derecho á la vida, á la integridad del cuerpo, á la libertad individual, al honor, á los bienes, ó á sus relaciones de familia.

§ 163.

Cada una de estas clases admite luego subdivisiones que dependen, sea de la *sustancia* de la ofensa, sea de la *forma* y de las condiciones de su ejecución: de una y de otra, cuando se trata de derechos *complejos;* sólo de la forma de su ejecución, cuando se trata de derechos simples. (1)

(1) Se llama *simple*, por ejemplo, el derecho á la vida; el derecho *complejo* es el que se subdivide en otros derechos inferiores, por ejemplo, el derecho de propiedad, el cual se descompone en *jus possidendi*, *utendi*, *vindicandi*, etc.

§ 164.

La clasificación de los delitos no es simplemente un asunto de numenclatura: tiene una influencia esencial.—En efecto, de que se coloque un hecho criminal en una clase más bien que en otra, puede resultar que la cantidad y la imputación sean modificadas, y aun algunas veces que las condiciones fundamentales sean alteradas.

§ 165.

Es una grave dificultad en nuestra ciencia clasificar los delitos cuando, como sucede á menudo, por medio de una sola y misma acción *se viola más de un derecho.*

§ 166.

Ante todo (y esta regla es invariable) debe distinguirse si la violación de varios derechos ha sido consumada por el culpable para servir á *diversos fines* independientes unos de otros, ó si ella no tendía más que á *un solo fin,* en vista del cual violaba un derecho, sirviéndose de la violación del otro derecho como de un *medio* para llegar á ese fin.

§ 167.

En el primer caso se consideran las acciones como *separadas*, pues lo están en realidad *material* é *intelectualmente*, y se cuentan tantos títulos de delito, cuantos fines se han perseguido: cada uno de ellos se mide y se juzga independientemente de los otros. Si el delito fuera un sér *material*, la concomitancia puramente *material* de lugar y de tiempo podría unificar dos actos en un solo delito; pero es un sér *jurídico* que se compone del elemento *material* y del elemento *ideológico.* Para que haya un lazo *jurídico* entre un hecho y otro se necesita,

pues, que haya un lazo *ideológico*, es decir, conexión de medio á fin. De otro modo, los dos *actos volitivos* independientes (aunque concurrentes) forman dos delitos.

§ 168.

En el otro caso no hay más que un *solo* delito (1); pero para saber á qué título pertenece es necesario hacer una segunda distinción: ó bien la violación de derecho de que el culpable se ha servido como *medio* no podría formar un título de delito independiente, ó bien esta violación, si estuviera sola, constituiría por sí misma un título especial de delito.

(1) Tissot *(Droit pénal*, I, pag. 82) es de parecer contrario; sostiene que hay siempre *dos delitos*, á pesar de la unidad de *fin*. Pero si viéramos *dos delitos* cuando el *acto volitivo* es único, imputaríamos *dos veces* la misma determinación. El elemento intencional imputado en un delito, lo sería de nuevo en el segundo. En esta razón es en lo que se funda la teoría del delito *continuado* (§ 517). Si tenemos una determinación volitiva *compleja* resultará, pues, un delito *complejo* (§ 50), pero un *delito único*. El que se ha determinado á robar con fractura es culpable de una sola determinación criminal; el que se ha determinado á cometer un robo y una violación es culpable de dos determinaciones. Esta es la doctrina de los delitos *auxiliares (pedissequi)* que Mori, en su teoría del Código Penal, ha anatematizado con tanta acrimonia, olvidando que él mismo en su Código Penal (arrastrado por el poder de la verdad) ha tenido que reproducirla, por ejemplo, en el robo con violencia ó con fractura, en las lesiones para cometer la violación, etc. Cuando uno quiere rechazar una doctrina consagrada por la sabiduría de los siglos, debería al menos ser consecuente consigo mismo.

§ 169.

En el primer caso, el delito que resulta de la violación de derecho que el agente se había propuesto como fin no cambia de clase; conserva siempre el mismo título, y la violación de otro derecho para alcanzar el fin constituye una *calidad agravante*, que puede á veces modificar el *nombre* del delito principal, pero nó cambiar su clase.

§ 170.

En el segundo caso se presenta una tercera distinción. O bien el derecho violado como medio era de *menor ó igual importancia* que aquél cuya lesión formaba el fin del agente: en este caso, el delito que ha servido de medio es considerado como dependiente, como auxiliar, con relación al otro; agrava su imputación, puede aun cambiarle el *nombre*, pero se confunde con él sin hacerle cambiar de clase. O bien, al contrario, el delito que ha servido de *medio* era *más grave* que aquel que el agente se proponía como *fin:* en este caso el hecho sale de la clase de este último delito para pasar á aquélla á la cual pertenece la infracción que ha servido de medio. Algunas veces conserva el *nombre* que le daba la violación empleada como medio, por ejemplo, el incendio con el fin de robar; en otras ocasiones cambia de *nombre*, v. g., el homicidio con el fin de robar se llama *latrocinio.* Entonces es el *fin* el que modifica la imputación del *medio*, y no el *medio* el que califica el *fin.*

CAPÍTULO VI.

Criterio de la cantidad en los delitos.

§ 171.

Rechazado el sofisma draconiano que proclamaba la igualdad de todos los delitos, hoy la doctrina está conforme en reconocer que los diversos delitos presentan una *cantidad* política diferente; y que, por tanto, se debe aplicar á cada uno de ellos una medida de imputación diferente.

§ 172.

Todos los criminalistas han sentido la necesidad de encontrar la fórmula según la cual se debería medir la *cantidad* de los delitos, pero no están de acuerdo en la definición del *criterio* más natural de esta *gravedad relativa.*

§ 173.

Tres sistemas principales prevalecen hoy en las diversas escuelas: el de Beccaria, desarrollado por Carmignani, que deduce del *daño social* la cantidad de los delitos; el de Romagnosi, que cree encontrarla en la *impulsión criminal (spinta criminosa);* y el de Rossi, que quiere buscarla en la importancia del *deber violado.* Por nuestra parte, seguimos el primer sistema, considerando los otros dos como inaceptables.

§ 174.

El sistema propuesto por Romagnosi no es aceptable, en primer lugar, porque presenta el defecto de derivar la medida del hecho, no de sus *condiciones intrínsecas,* sino de su *causa,* la cual es completamente *extraña al delito* que se quiere medir.

§ 175.

En efecto, Romagnosi encuentra la *impulsión criminal* en el concurso de estos tres motivos que han determinado al hombre á cometer el delito:—1º La *utilidad* que de él espera obtener.—2º La *facilidad* de cometerlo.—3º La esperanza de *impunidad.*

§ 176.

Y como, según él, no debe verse en la pena más que

un amparo contra el peligro del delito, y como también toda fuerza repulsiva, en buena dinámica, debe ser proporcional á la fuerza impulsiva, por consiguiente, cuanto más enérgicos han sido en un hecho determinado estos tres motivos de delinquir que constituyen la *impulsión*, tanto más enérgica debe ser la *contraimpulsión*, es decir, la imputación que la autoridad social oponga.

§ 177.

Pero esta teoría, además del vicio radical que acabamos de indicar, de medir la gravedad de un hecho según un elemento *extraño* á él, no puede sostenerse ante la consideración del interés social.

§ 178.

La autoridad social, en el ejercicio del poder de castigar, no puede proceder según la accidentalidad de las *razones* de un hecho, sino según la relación que existe entre el *mal del delito* y el *mal de la represión*. Esto resulta, por una necesidad lógica, del principio de que la autoridad no está armada de la justicia penal sino para el mantenimiento del orden. De donde se deduce que, cuando el mal de la represión sobrepasa al mal del delito, la represión conduce á un nuevo desorden, en vez de restablecer el equilibrio roto por la primera turbación. (1)

(1) La autoridad social debe tomar en consideración la *causa de los delitos* cuando, ejerciendo las funciones de buen gobierno *(policía)*, estudia los medios de prevenir directamente los crímenes futuros y pretende impedirlos, destruyendo su razón de ser. Sobre este punto pueden verse Sonnenfels, *Scienza del buon governo*.—Den Tex, *De causis criminum;* y á muchos otros que lo han examinado concienzudamente.

§ 179.

Además, el principio de la justicia absoluta, al cual

está subordinado el poder penal, se opone á que por regla invariable se haga mayor la responsabilidad del hombre, no en razón del aumento en el mal que ha hecho ó querido hacer, sino en razón de ciertas causas accidentales, y por consiguiente en virtud de un cálculo de la probalidad más ó menos grande de la repetición del delito. (1)

(1) Lejos de ser cierto que la *facilidad* de cometer un delito aumente su gravedad social, resulta, por el contrario: 1º que los *obstáculos vencidos* para cometerlo muestran una mayor tenacidad de la voluntad culpable, y por consiguiente revelan en el delito una fuerza moral subjetiva mayor; 2º que la fácil *ocasión de cometer* el delito debe ser, según la opinión de excelentes criminalistas, una excusa que disminuya la imputación. (Véase la nota 2 del § 343).

§ 180.

El sistema de la impulsión no puede, pues, tener apariencia de justicia sino para aquellos que dan importancia sólo al principio de la *defensa*, y que querrían desterrar absolutamente del poder penal la idea de la justicia, reduciendo la legitimidad de este poder á una justicia en un todo artificial que tiene la sola norma (en verdad demasiado incierta) de la autoridad social.

§ 181.

Pero, además, la teoría de la impulsión criminal conduce á consecuencias exorbitantes, si llegamos á sus aplicaciones prácticas (y especialmente si la tomamos como regla fundamental para comparar entre sí delitos de diferente título). Ella eleva al más alto grado ciertos delitos que, con asentimiento universal, han sido siempre considerados como de menor importancia; ó bien, usando contra ellos de los medios más enérgicos de represión, corre el peligro de causar más daño con la *defensa* que el que pudiera temerse de la *ofensa*. En efec-

to, es fácil demostrar que el robo (por ejemplo) debería, en la escala de los delitos, presentar una gravedad más considerable que el homicidio, si la gravedad relativa debiera calcularse según el criterio de la utilidad que ha de producir, de la impunidad que se espera y de la facilidad de cometerlo. Además, si según la regla de las causas comparamos los diversos actos que pertenecen al mismo título, llegamos á consecuencias que repugnan al sentido moral y á la práctica universal. Aquel que ha robado para sustraerse á la prisión inminente con la cual le amenazaban sus acreedores (idea terrible que demasiado á menudo ha impulsado al hombre hasta el suicidio), experimenta indudablemente una impulsión mayor que aquel que roba para procurarse con qué hacer un viaje de placer. ¿Deberá, en consecuencia, imputarse más al primero que al segundo? ¿Deberá imputarse más el homicidio de un rival odioso, que el de un desconocido efectuado por una razón fútil y sin ningún provecho? El criterio de la impulsión, que no responde al interés social, responde menos todavía al grado de moralidad de la acción, pues hiere un sentimiento indeleble del corazón del hombre, sentimiento que hace que se deplore más fácilmente un delito cuando las causas que han arrastrado al culpable son más poderosas, más enérgicas (1). Toda regla, para que sea justa, debe ser verdadera tanto en el sentido *afirmativo* como en el *negativo.* Así, si la cantidad del delito debiera *aumentarse* á consecuencia del aumento de la impulsión, no solamente debería aumentarse *siempre* en el caso en que la impulsión crece, sino que también debería *disminuirse* cuando la impulsión disminuye, y por consiguiente vendría á ser *muy pequeña* cuando la impulsión fuera muy débil.— En un homicidio cometido por la sola impulsión de una maldad brutal, en pleno día y en un lugar frecuentado, no ha habido ninguna esperanza de impunidad, ninguna utilidad en cometerlo y por tanto debería haber un gra-

do muy débil de impulsión en sus principales elementos. Para evitar estas absurdas consecuencias, se ha querido introducir en la fórmula de la *impulsión* la consideración de la *audacia;* mas, vista la oposición necesaria que existe entre la *audacia*, por una parte, y la *facilidad* de ejecución y el cálculo de la *impunidad*, por la otra, es claro que el elemento de la audacia, en vez de completar la doctrina de Romagnosi, la desnaturaliza y destruye radicalmente.

(1) Feuerbach ha creído deber aceptar la teoría de la *impulsión* y ha ensayado unirla con su teoría fundamental de la intimidación. Pero ha sido criticado por Jonge *(De delictis*, vol. II, pag. 269), quien hace sobre este punto la observación siguiente: *Hæc doctrina erroribus non vacat: non omnes noxii* stimulis animi *ex senssibus originem ducentibus, ad voluptatibus senssibus percipiendis fruendum moventur, uti ex. gr. illi qui male intellectis religionis vel libertatis studiis ad delicta commitenda impelluntur, et perpaucæ pænæ variis stimulis animi motuum opponi possunt. Tandem delictorum gravissimorum* stimuli animi vel causæ *minimi esse possunt.*—A qué consecuencias conduce la doctrina de la impulsión tomada como medida de la cantidad del delito, es lo que nos muestran todos los que han expuesto sus deducciones lógicas. Así, por ejemplo, Bensa *(Summa juris naturalis*, lib. 9, art. 2, pag. 185)deduce directamente la consecuencia de que, debiendo la cantidad de los delitos ser proporcional al bien que espera el culpable y á la impunidad probable, los delitos cuya prueba es difícil deben ser castigados con menos severidad, por la sola razón de que la prueba en ellos es más difícil. Esta consecuencia es una deducción estrictamente lógica del principio expuesto, pero es inaceptable porque el principio es falso. El *bien* codiciado por el culpable no puede entrar en el cálculo de la cantidad del delito sino bajo la forma de un aumento de *mal.* La sociedad prohíbe ciertas acciones, no porque ella envidie al agente el bien que éste podría obtener, sino porque trata de impedir el *mal* que resultaría para los ciudadanos. El cálculo de la *cantidad* debe ser puramente *objetivo.*

§ 182.

Toda la originalidad del sistema de Rossi consiste en que se empeña en considerar como criterio de la medida del delito, tres distintas especies de *mal.*

1º—El mal *material:* es decir, nuestro daño *inmediato;*

2º—El mal *mixto:* que equivale á nuestro daño *mediato;*

3º—El mal *moral:* en otros términos, *la violación del deber.*

Pero la introducción de este tercer elemento en el cálculo de la gravedad del delito tiene un doble defecto: el primero es el de confundir el papel del *criminalista* con el del *moralista*, y el segundo la *vaguedad* á que conduce la fórmula propuesta.

§ 183.

Hemos dicho que confunde el papel del moralista con el del criminalista. En efecto, si al examinar la teoría de Rossi calculáramos la importancia *social* del deber, su fórmula se identificaría con la del daño social, puesto que la importancia *civil* del deber no tiene más regla que la importancia del *derecho* correspondiente. Pero al distinguir, en su teoría de los *tres males* del *delito*, la importancia del *derecho* ofendido, de la importancia del *deber* violado, con el fin de formar dos criterios distintos de la cantidad, obliga evidentemente al criminalista á poner en la balanza el deber *moral;* éste es, según él, un elemento de gravedad social que tiene una eficacia propia, bien diferente de la gravedad del mal *material* y de la gravedad del mal que él llama *mixto*, es decir, de la mayor ó menor alarma de los ciudadanos. En una palabra, coloca el *deber moral* como criterio independiente del deber *jurídico* y del deber *social;* y por consiguiente, al cálculo de la *moralidad* externa sustituye el cálculo de la *moralidad interna.*

No teniendo el Derecho Penal otra base legítima que la protección del derecho, no puede convertirse en instrumento de la santificación del alma. No se castiga la violación del *deber moral*, sino la violación del *deber jurídico*, es decir, la ofensa al *derecho;* y ambos difieren, 1º: en que á todo deber no corresponde un *derecho exigible;* 2º en que á la santidad del deber no corresponde

siempre una *importancia igual* del mantenimiento del derecho. El *mal moral* del delito, el cual quisiera Rossi que fuera tomado en cuenta, no turba el orden externo sino cuando á él corresponde un aumento de daño *inmediato* ó *mediato*. Y por esto el tercer elemento, al cual se reduce toda la novedad de este sistema, cuando no es falso, es inútil.

§ 184.

La fórmula de Rossi tiene además el defecto de ser vaga. En efecto, si se admite que los delitos deben medirse según la *importancia del deber moral* violado, ¿cuál será entonces la regla para medir esta *importancia* del deber? El problema queda resuelto por medio de otro problema, en una materia en que la ciencia debe dejar lo menos posible á las oscilaciones de la arbitrariedad humana.

§ 185.

Se puede encontrar un criterio moral constante para asegurar que ciertas acciones son *malas;* pero no hay criterio *puramente moral*, que sea universal y constante, para decir que una acción es *más* mala que otra.

§ 186.

No basta responder, como lo hace Rossi, que el criterio para medir la *importancia relativa* de los diferentes deberes se encuentra en la *sensibilidad moral*, y que se revela por medio de la *conciencia universal*. En efecto, aun cuando se admita en el sentido moral de la mayoría de los hombres un acuerdo, una constancia capaz de fundar la unidad de la conciencia universal, siempre queda la cuestión de cómo puede revelarse con cer-

teza al legislador esa conciencia universal. Y, á menos que la medida de los delitos no se determine en un congreso universal, siempre resultará que el legislador sustituirá su conciencia *propia* ó individual (hija de sus costumbres, de su estado, de sus inclinaciones y de sus afectos) á la conciencia *universal*, poniendo la una en lugar de la otra. (1)

(1) Una refutación concluyente del sistema de Rossi se encuentra en Thiercelin, *Principes du droit*, Paris, 1865, págs. 298, 299) y en Tissot *(Le droit pénal étudié dans ses principes*, vol. I, pag. 106). Este último reproduce los enérgicos argumentos de Rotteck contra la fatal tendencia de subordinar la justicia penal á los principios de la moral, los cuales no pueden ser aquí más que un principio *negativo.* Una nueva refutación de la peligrosa doctrina de Rossi ha sido hecha por Franck*(Philosophie du Droit Pénal*, pag. 103). Ya Barbacovi *(De mensura pœnarum*, Trento, 1810, pag. 34)había condenado la doctrina de los que querían encontrar en la mayor maldad del agente una razón para aumentar la cantidad del delito. Debe notarse que este sistema tiene el doble defecto de atribuir al hombre el papel de la Divinidad y de abrir á la arbitrariedad un campo sin límites. El dolo y la violación del deber moral no agravan el delito sino en tanto que se les considera desde el solo punto de vista de la *moralidad interna;* ellos la agravan cuando resulta una modificación de la *moralidad externa*, en tanto que aumenta la fuerza objetiva del delito, y entonces la consideración de esta fuerza entra en la consideración del daño mediato.

§ 187.

El único criterio aceptable para medir la cantidad de los delitos es el del *daño:* fórmula que se remonta á Platón, fórmula *exacta* y *racional:* el daño *inmediato*, (es decir, la fuerza *objetiva física* del delito) y el daño *mediato* (es decir, la fuerza *objetiva moral* del delito) combinados conjuntamente.

§ 188.

Fórmula *exacta*, en mayor grado que ninguna otra, porque el *daño* no procede de elementos abstractos ó puramente intelectuales, sobre los cuales puedan surgir en la apreciación humana divergencias y contradiccio-

nes: el *daño* se expresa con una precisión material, en cuya presencia lo especulativo desaparece, y que, al menos dentro de ciertos límites, obliga á los espíritus á una concordia que rechaza la arbitrariedad. (1)

(1) Hencke ha hecho una objeción especial contra la fórmula del daño, la cual ha sido repetida por Jonge (*De delictis contra rempublicam admissis*, vol. II, pag. 256); estos autores observan que si la medida de los delitos fuera el daño, ciertos hechos *culpables* que causan un daño muy considerable deberían ser castigados más severamente que los actos dolosos que causan un daño menor. La objección está fuera de lugar porque ella muestra: 1º que no se ha comprendido que en la fórmula del *daño* está también contenida la consideración del *daño mediato;* 2º que se ha olvidado la teoría del *grado*, la cual hace descender indefinidamente la imputación de los delitos, independientemente de su cantidad; ahora bien, la *culpa* (§ 265) pertenece precisamente á la doctrina del grado.

§ 189.

La gravedad del daño inmediato se calcula, según Carmignani, por medio de estos tres datos positivos: 1º la mayor ó menor *importancia del bien* arrebatado por el delito; 2º la mayor ó menor *reparabilidad* del mal; 3º la mayor ó menor facilidad de *difusión (diffondibilità)* de este mal. Este tercer elemento viene á unir, en el cálculo del daño inmediato, la consideración de su *potencialidad* á la de su *efectividad.*

§ 190.

Fórmula *racional.* En efecto, si la naturaleza ha dado al hombre autoridad sobre sus semejantes, no es para que la justicia se cumpla en todos sus preceptos, ni solamente para la corrección del culpable, ni para que el malvado expíe su maldad, y todavía menos para que el hombre sea vengado; el ejercicio de la justicia sobre sus semejantes ha sido delegado al hombre por una *necesidad natural,* á fin de que la ley del orden esté armada de una sanción *pronta* y *sensible* y de que la huma-

nidad sea defendida contra los malos, de los cuales sería víctima si las acciones malvadas quedaran sin represión.

§ 191.

Si, por consiguiente, la defensa de la humanidad es, no lo que *crea* la razón de justicia, sino lo que legitima el ejercicio de la justicia por la mano del hombre, es fácil reconocer que la energía de la represión ó, en otras palabras, de la defensa, debe estar en relación con los males causados por las ofensas, y que por tanto la gravedad relativa de éstas debe medirse según la gravedad relativa de aquéllos.

§ 192.

Pero la fórmula genérica del *daño social* demanda que en su aplicación se considere, además del daño *inmediato*, el daño *mediato*. Así, en esta fórmula se toma en cuenta tanto la ofensa á la *seguridad*, como la ofensa al *sentimiento de la seguridad*. La consideración del daño mediato no podría tomarse como regla única ó principal para la medida de los delitos, porque el aumento del daño *mediato* á consecuencia de las *formas* accidentales que ha revestido la ejecución del delito, puede repetirse en cada acto con una influencia diferente. Es por esto por lo que ella puede servir de criterio accesorio, pero nó de principal instrumento para medir la cantidad.

§ 193.

La cantidad relativa de los diferentes delitos debe, pues, medirse según el *daño inmediato*, es decir, según la *fuerza física objetiva* de cada delito.

§ 194.

Cuando el daño inmediato es *igual*, la cantidad relativa de los delitos se modifica según el *daño mediato*, es decir, según la *fuerza moral objetiva* del delito, la cual, como hemos visto (§ 121), es el resultado de la fuerza física del delito y de su fuerza moral subjetiva.

§ 195.

Por lo general, el *daño mediato* es proporcional al daño *inmediato*, pues se teme tanto más la pérdida de un bien (y por consiguiente se experimenta tanto más temor viéndolo arrebatar á los demás por medios injustos) cuanto más *importante* es el bien amenazado. Pero las circunstancias que acompañan á un delito pueden ser causa de aumento del daño *mediato*, aun sin modificación del daño *inmediato*.

§ 196.

De este modo es como la consideración del *daño mediato* viene á dar también al elemento del *dolo* la influencia conveniente sobre la cantidad del delito, sin atribuir á este elemento un poder absoluto que confundiría la noción del pecado con la del delito. De esto se deduce que sería absurdo reprochar á la fórmula del daño el olvido de la moralidad de la acción.

§ 197.

El *dolo* considerado en sí mismo, como acto puramente interno, no podría influir sobre la cantidad social del delito, pues por medio del poder penal la autoridad no ejerce la la vigilancia *(sindicato)* de la moralidad interna, sino únicamente la de la moralidad externa.

§ 198.

No se puede, pues, al medir los delitos, tomar en cuenta el *dolo* sino en tanto que él influye sobre la *moralidad externa* del acto. Ahora bien, la moralidad externa de un acto criminal se modifica precisamente según el aumento ó disminución del *daño mediato* ó, en otros términos, según que el hecho criminal haya turbado más ó menos, en el ánimo de los ciudadanos, el *sentimiento de la seguridad.*

§ 199.

Una lesión de los derechos ajenos no es más grave por que sea cometida con más frialdad y malicia, á menos que la mayor maldad en el designio engendre en los ciudadanos una alarma más viva y aumente, por consiguiente, el *daño mediato.*

§ 200.

Si, en un hecho dado, el aumento del dolo ó de la malicia no influyera absolutamente sobre el daño *reflejo*, ó si de él resultara más *fuerza moral subjetiva* sin un aumento proporcional de la *fuerza moral objetiva*, sería un error deducir de ahí una agravación de este delito.— Como á la modificación interna no responde una modificación externa, al tomarla en consideración la autoridad social traspasaría los límites de su poder.

§ 201.

Hay también, para valuar el *daño inmediato*, un criterio que descansa sobre datos *positivos*. Los elementos que, entre dos delitos de daño *inmediato* igual, aumentan la gravedad relativa á causa de ser mayor el

daño mediato, son: 1º *La violación de varios derechos* producida por el acto criminal (1) á pesar de la identidad de resultado material; 2º la *disminución de la eficacia de la defensa privada*.

(1) La violación de varios derechos puede producir un aumento de *daño inmediato*, ó solamente un aumento de daño *mediato*. Esto consiste en que no todos los derechos del hombre están protegidos por la ley penal. Hay algunos (§§ 168 y 169) cuya violación no constituye un *delito*. Ahora bien, el criminalista no encuentra daño *inmediato* como elemento, como criterio de delito, en una ofensa al derecho que no es un delito: en efecto, sería contradictorio que la violación v. g. del derecho de la gratitud, ó de la piedad filial, ó de la amistad, la cual *por sí misma* no presenta un daño inmediato capaz de constituir el delito, fuera considerada como elemento de criminalidad cuando ella es *accesoria*. Es por esto por lo que la violación de estos derechos, los cuales tomados separadamente no son protegidos por la ley penal, no puede entrar en el cálculo de la cantidad criminal más que como criterio de daño *mediato;* la violación principal que constituye el delito causa en efecto un daño mediato mayor cuando va acompañada de la violación accesoria de otro derecho, que por sí misma no sería un delito. Así, si se comete un robo con *fractura*, como la fractura es algunas veces por sí misma un delito, la lesión accesoria de este derecho aumentará no solamente el daño *mediato*, sino también el daño *inmediato*. Al contrario, si se comete un homicidio con simulación de amistad, como las ofensas á los derechos de la amistad no constituyen un delito, no se puede hallar en este accesorio un aumento de daño *inmediato;* mas sí debe considerarse como un aumento de daño *mediato*, puesto que hace mayor la fuerza moral objetiva del delito.

§ 202.

Es claro que en dos delitos cuyos resultados son materialmente iguales, la alarma de los buenos ciudadadanos será tanto más grande cuanto mayor sea el número de los derechos violados por el culpable para alcanzar su fin (1), y cuanto más vivamente hagan experimentar las condiciones del delito que las precauciones del particular eran impotentes para librarse de él.

(1) A la violación accesoria de varios derechos no corresponde siempre un *resultado material* más grave, y en tal caso es necesario buscar en el aumento del daño mediato la razón del aumento de la cantidad. Supongamos un robo cometido con fractura: en ese caso hay un aumento de daño,

resultante de la ruptura de la puerta; pero este criterio sería desgraciado si se le debiera considerar bajo la sola relación de su materialidad. El aumento considerable de la cantidad del robo á consecuencia de esta circunstancia, no resulta del daño material de la destrucción de la puerta, sino de la violación del domicilio y de la disminución de la eficacia de la defensa privada. En el robo propiamente dicho, comparado con el robo impropiamente dicho, la diferencia de cantidad no procede del daño material, el cual puede elevarse á la misma cifra, sino de que en el primer caso hay violación del derecho de propiedad y del derecho de posesión, y en el segundo solamente violación del derecho de propiedad, y de que es más fácil al propietario cuidadoso defender eficazmente sus bienes contra el segundo delito que contra el primero. Repítanse cuantas veces se quiera las aplicaciones, y siempre se encontrará que las variaciones del *daño mediato*, á pesar de la identidad del daño *inmediato*, corresponden á los dos criterios que he establecido. Cada paso que demos en el estudio de los delitos especiales mostrará la verdad de nuestra fórmula.

§ 203.

Sobre esta segunda consideración reposa únicamente el principio que da al *grado del dolo* una influencia sobre la gravedad social del delito, y la razón de mirar como más grave el delito cometido con dolo reflexivo.—Este dolo, en efecto, engendra más alarma precisamente porque es más *difícil* á la diligencia de los *particulares* defenderse contra un malvado que ha preparado y madurado sus designios. No es el aumento del mal moral, sino el del peligro social el que permite imputar *socialmente* más el dolo reflexivo.

§ 204.

He ahí la razón que da también influencia sobre la gravedad relativa de los delitos á la consideración de las diferentes *causas* impulsivas para cometerlos y de los diferentes *medios* empleados para consumarlos.

§ 205.

A estos dos elementos se reduce toda la teoría de

las circunstancias agravantes ó *calificativas* en los delitos especiales.

§ 206.

La influencia del *daño mediato* en el cálculo de la cantidad de los delitos es tal, que á menudo modifica la proporción deducida del *daño inmediato*. Es así como un delito que produce menos daño material que otro delito y que de ordinario tiene una gravedad menor, puede, á consecuencia de las circunstancias que lo acompañan en un caso dado, presentar tal superioridad de daño *mediato*, que sobrepase la cantidad social del otro delito que ha permanecido en condiciones ordinarias (1).

(1) De este principio derivan dos consecuencias. La primera es que en nuestro sistema vienen á refundirse las dos fórmulas de Rossi y de Romagnosi, las cuales rechazamos cuando se las quiere colocar como absolutas y fundamentales, pero que aceptamos en tanto que pueden comprenderse en la fórmula del daño mediato. Así, nosotros consideramos la violación de un *deber* ulterior como una razón de aumento de la cantidad del delito, cuando la lesión de varios derechos causa un aumento de la alarma pública (como en el parricidio); y también tomamos en cuenta la impulsión criminal cuando ella disminuye la eficacia de la defensa privada (como en el homicidio con el fin de robar, *latrocinio)*. La segunda consecuencia consiste en que en todo delito debe encontrarse una *cantidad natural*, representada por el daño inmediato, y una *cantidad social*, representada por el daño mediato, como lo mostraremos ampliamente en la *Parte Especial*. Es por esto por lo que en nuestro sistema la fórmula *cantidad social* tiene dos significados: el uno lato y general, que indica el último resultado de la cantidad en los delitos (en este sentido lo empleamos en la *Parte General);* el otro más restringido y que opone la *cantidad social* propiamente dicha á la *cantidad natural* del delito. En este segundo sentido (el cual es el que adoptaremos en la *Parte Especial)* la *cantidad social* expresa el resultado del daño mediato, y la *cantidad natural* el resultado del daño inmediato. En el sentido general expresa ella la reunión de estos dos elementos.

CAPÍTULO VII.

Criterio del grado en el delito.

§ 207.

De lo que precede resulta que la *cantidad* del deli-

to se mide según el criterio combinado de la *fuerza física* y de la *fuerza moral* del delito, consideradas ambas en sus *resultados* del daño *inmediato* y del daño *mediato*, es decir, *objetivamente.* El *grado* del delito se deduce del criterio de la *fuerza física* y de la *fuerza moral* del delito, consideradas principalmente en sus *elementos*, es decir, *subjetivamente.* En la investigación de la cantidad se estudia el hecho considerado abstractamente en su especie. En la indagación del grado se examina un hecho en los accidentes excepcionales de su sér concreto, en la *individualidad* criminal en que se realiza. Siguiendo este método, se reunen en un solo estudio las causas de *excusa* y las de *no imputabilidad*, porque si bien ellas tienen resultados distintos, se fundan en principios idénticos ó análogos que simplifican su estudio.

§ 208.

Cuando el *elemento moral* del delito (el cual hemos encontrado en el concurso de la *inteligencia* y de la *voluntad)* sea en cierto acto, menor que de ordinario, ya porque la *inteligencia* falte al agente ó sea menos activa, ó ya porque su *voluntad* sea deficiente ó menos espontánea, tendremos una degradación del delito en su *fuerza moral.*

§ 209.

Cuando el *elemento físico*, el cual consiste en los actos de ejecución del delito, sea en un acto especial, menor que por lo general, bien porque los *momentos físicos* de la acción hayan faltado en parte ó sean impotentes para producir el efecto querido, ó bien porque no puedan atribuirse todos á un solo individuo, tendremos una degradación del delito en su *fuerza física.*

§ 210.

Estas nociones generales se aclararán en su aplicación. Sólo debe advertirse, como regla general común á todas las circunstancias que destruyen ó atenúan la imputación (1) que, si la ley debe dictar sus disposiciones bajo la forma de presunción, sólo al magistrado toca reconocer la realización de esa presunción en los casos particulares, porque el hombre debe ser condenado según la *verdad*, y no según las *presunciones*.

---

(1) Algunos médicos alienistas contemporáneos de gran reputación continúan censurando la fórmula del *grado* y de la *degradación de imputación*. La imputabilidad (dicen ellos), no puede tener *grados*. El hombre es imputable ó no lo es en razón de los hechos de los cuales es causa: no puede ser imputable à medias. Según esta escuela, todas las causas por las que decimos que debe degradarse la imputación, no son más que *atenuantes de la pena*. De este modo no sólo se va en contra de la doctrina más universal, la cual en todos los tiempos ha reconocido grados en el *dolo* y en la *culpa*, sino que se destruye por su base lo que es mirado comunmente como el progreso más notable de la ciencia penal moderna, quiero decir, la distinción entre la *imputación* y la *pena* y toda la teoría de la imputabilidad. Mas esa opinión no es justa ni aceptable, por varias razones:

1ª Desde luego es raro que uno esté en la verdad cuando quiere aplicar *el puro absoluto* á los actos del hombre, el cual vive y obra en un mundo de *compuestos*, tanto en la materia como en el espacio y en el tiempo. Es bien cierto que la idea abstracta de imputabilidad, considerada como una *resultante*, marca un punto matemático no susceptible de división. Pero esta resultante se compone de elementos múltiples y divisibles que se encierran en ella necesariamente: se compone, en efecto, del libre arbedrío y de la inteligencia. La libertad considerada como potencia es igualmente indivisible, y también lo es la inteligencia cuando la miramos como pura potencia. Pero cuando consideramos la libertad en el momento de manifestarse y de convertirse en *determinación (arbitrio)*, es ciertamente susceptible de más ó de menos según que la mónada potencialmente libre sufra en el momento de tener lugar la determinación, la presión de un número mayor ó menor de fuerzas internas ó externas que la impelen á determinarse en un sentido más bien que en otro. Del mismo modo, la inteligencia es indivisible cuando la consideramos como potencia, pues el hombre ó es inteligente ó no lo es.— Pero cuando esta potencia llega á manifestarse, á convertirse en *comprensión (intelletto)*, se vuelve susceptible de más ó de menos, según las causas internas ó externas que turban más ó menos sus operaciones. Considerada la potencia en sí misma es una, existe ó no existe. Pero cuando entra en contacto con los objetos exteriores y se convierte en acto, sufre el más ó el menos á que la condena su relación con los objetos individuales. Del mismo modo,

la vida considerada en sí misma no es divisible, pues el hombre no puede estar sino vivo ó muerto; pero,sin embargo, se dice todos los días sin inexactitud que nuestra vida va decreciendo y que en un sér hay más vida que en otro, y cuando calculamos el valor comparativo de dos vidas, hallamos una diferencia de más ó de menos.

2º: Será inexacto, si se quiere, hablar de grado y de degradación con relación á la imputabilidad considerada como potencia; pero cuando la ciencia ó la práctica establecen ó aplican un criterio para medir un delito, no juzgan una potencia abstracta, juzgan esta potencia en el momento en que, convirtiéndose en acto, sufre las relaciones de los objetos exteriores que la han limitado más ó menos en su ejercicio. En una palabra, podemos encontrar inexacta la fórmula empleada por algunos códigos que hablan de causas que *disminuyen la imputabilidad*, pero no hay nada de inexactitud en la fórmula sentada por la ciencia cuando describe las causas que *disminuyen la imputación*. El juicio que hacemos sobre la *imputación* de un hecho concreto no puede dejar de sufrir la influencia siempre variable de las circunstancias de este hecho. La palabra *imputabilidad* ha permanecido igual, pero encontramos que esta expresión adjetiva ha cambiado de objeto y este cambio, aunque no se marque siempre con precisión, es sustancialmente verdadero. No decimos que el *hombre*, considerado en sí mismo, es más ó menos imputable: decimos que tal *acto* es más ó menos imputable al *hombre*, y por consiguiente no hablamos de la imputabilidad abstracta del hombre (la cual existe ó no existe) sino de la imputabilidad del acto. Llegamos en efecto al juicio práctico, á la imputación, la cual, teniendo por su naturaleza un objeto que cambia, debe también modificarse según las circunstancias.

3º: Por otra parte, si á la fórmula de *grado de imputación*, se sustituye solamente la fórmula de *grado de la pena* para expresar todas las causas por las cuales en último resultado se llega á castigar menos, se hace imposible dar razón de toda la serie de las causas que la escuela moderna considera como degradantes de la imputación. Cuando degradais la pena por razones inherentes á la pena misma, pero independientes de las formas subjetivas del delito, encontrais fácilmente en las condiciones mismas de la pena la razón de ser de la degradación. Vosotros la atenuais en razón de enfermedades sobrevenidas, en razón del tiempo trascurrido, de la confesión expontánea, del pago voluntario de una indemnización, de la enmienda del culpable, etc., y hasta aquí encontrais la razón de la degradación, sin salir del círculo de las fuerzas constitutivas de la pena. Mas cuando quereis disminuir la pena del menor, del hombre ebrio, del débil de espíritu, del que ha obrado bajo el imperio de una violenta turbación del alma, no podeis dar del decrecimiento de la pena más que una razón empírica, si no haceis remontarse hasta la imputación la causa de degradación. En estas circunstancias, las fuerzas objetivas del delito permanecen idénticas: veis un hombre asesinado, bien sea que el homicidio sea el acto de un adulto que ha obrado con plena reflexión, ó bien que haya sido cometido por un menor ó por una persona que se encontraba en la mayor perturbación de espíritu, en razón de una violenta irritación ó de un vivo dolor: con relación á este culpable las fuerzas de la pena permanecen idénticas. ¿Por qué, pues, degradais la pena? A esta pregunta no podríais responder, á menos que dijerais: Disminuimos la pena con razón, porque la imputación debe ser disminuida, y si ella

debe serlo es porque la fuerza moral subjetiva de este delito, es decir, el elemento que permite imputarlo á quien ha sido su causa, se encuentra en un grado menor, ya porque la esfera de la voluntad está más restringida, ya porque las funciones de la inteligencia están turbadas en la persona á quien debo imputar este acto. Suprimid la doctrina de la degradación de imputación, y os encontrareis en la imposibilidad de dar razón de una disminución de pena en favor del menor, del hombre colérico ó ebrio, etc., y la lógica inexorable os volverá á los antiguos estatutos que castigaban igualmente con la muerte al niño de catorce años y al adulto. Si sentais como regla absoluta que la imputabilidad del acto al agente no puede ser sino *total* ó *nula*, no os será ya posible, en casos de este género, encontrar una razón plausible para mitigar la pena, y sancionareis una doctrina que repugna al sentido moral. Entre la voluntad intrépida y tenaz de un Mucio Scévola que se quema la mano con la más constante firmeza, y la voluntad del que en un caso apurado agarra precipitadamente una brasa, podrá haber identidad de resultado, estos dos actos serán sin duda imputables á sus autores; pero el sentido moral no consentirá jamás en atribuirles el mismo grado de imputación. El que ha traspasado los límites de la defensa y matado al agresor es responsable de un homicidio, como lo es también el agresor que ha matado á su víctima con premeditación y alevosía: ambos son responsables, y los castigais desigualmente. Y es eso por indulgencia? Nó, sino porque es rigurosamente justo. Y porqué es justo? Porque si la imputabilidad de ambos agentes considerada como potencia es necesariamente idéntica, la imputabilidad del acto á sus autores respectivos es diversa, y esto porque el homicidio cometido por el agresor es imputable *entera* y *exclusivamente* á su voluntad culpable; á la vez que el homicidio cometido por la persona atacada es en gran parte imputable á circunstancias independientes de ella, y que la han impulsado á su pesar. He aquí la diferencia que resulta del cambio de objeto de la expresión *imputabilidad*. Rectificada esta idea, la objeción se desvanece. No es que nosotros imaginemos imputable al hombre por terceras ó por cuartas partes: dada la imputabilidad del agente, el acto le es *enteramente* imputable, pero tal como es. Ahora bien, como el hecho jurídico llamado *delito*, en el caso de disminución de la fuerza moral objetiva, la cual es uno de sus elementos constitutivos, ofrece algo de *menos*, la justicia exige que se le impute menos á su autor; es por esto por lo que yo digo *degradación del delito*, más bien que degradación de la imputación. A la fórmula de nuestro maestro se podrá, pues, reprochar una figura de retórica, pero no un error científico, ni un absurdo filosófico.

CAPÍTULO VIII.

DEL GRADO DEL DELITO EN SU FUERZA MORAL.

§ 211.

La *fuerza moral* subjetiva del delito se compone de

todos los momentos que constituyen el *acto interno*, desde la primera *percepción* de la idea hasta la última *determinación* volitiva. Para que haya en un delito la plenitud de la fuerza moral, es necesario que en los dos momentos de la *percepción* y del *juicio* el agente haya tenido la luz de la *inteligencia*, y que en los dos momentos posteriores del *deseo* y de la *determinación* haya gozado de la plenitud de su *libertad*. Si el concurso de la inteligencia ha sido aminorado ó defectuoso, se disminuye ó se destruye la imputación; y del mismo modo, ella se disminuye ó se destruye si el ejercicio de la libertad ha sido restringido ó impedido. De aquí proviene la subdivisión del grado con relación á la fuerza moral subjetiva del delito, según que la degradación derive del estado de la *inteligencia* ó del estado de la *libertad* en el agente.

Artículo Primero.

Del grado con relación á la inteligencia del agente.

§ 212.

Prácticamente, el concurso de la inteligencia puede ser disminuido ó anulado tanto por causas *físicas* como por causas *morales*.

§ 213.

Por causas *físicas* ó *fisiológicas*, cuando la falta de fuerza intelectual proviene de un defecto ó de una alteración del organismo corporal. Por causas *morales* ó ideológicas cuando á pesar de la perfección habitual de los sentidos y de la plenitud de la inteligencia, ésta, en un

momento dado, ha sufrido un desfallecimiento porque las ideas del agente en cuanto á las relaciones de la acción se han desviado de la rectitud del orden lógico, lo cual ha producido la infracción de la ley.

I.

CAUSAS FISIOLÓGICAS.

§ 214.

Las causas *fisiológicas* que pueden influir sobre la inteligencia, y que por consiguiente deben ser examinadas á fin de determinar si ellas también influyen sobre la imputación y en qué casos, se reducen á las siguientes: 1º la *edad;* 2º el *sexo;* 3º el *sueño;* 4º la *sordomudez;* 5º la *locura.*

1º EDAD.

§ 215.

Para saber cómo y cuándo la *edad* modifica la imputación en razón al estado de la *inteligencia* del agente, es necesario combinar los principios de la ciencia con la observación de los fenómenos de la naturaleza humana. Los primeros nos enseñan que el hombre no puede ser responsable de sus acciones sino cuando es capaz de discernir el bien del mal. Los otros nos muestran que la inteligencia del hombre, aun cuando desde el momento del nacimiento haya tenido perfectamente el poder de desarrollarse, no llega sin embargo más que por grados á desempeñar efectivamente todas sus funciones. (1)

---

(1) Véase Fraser, *Dissert. an et quatenus in criminibus imputandis œtatis delinquentiun habenda sit ratio.* Swinderen, *De jure pœnali hodierno circa minores, Groningœ,* 1835.—*Nicolini, Questioni di diritto, quest.* 11.



Engelkens, *De imputationi propter ætatis defectum cessante.*—*Stryckius*, *De pœnis impuberum (in ejus dissertationibus*, IV, disert 22*)*. Schultz, *De delictis puerorum*—Platner, *De venia ætatis.*—Moller, *De eo quod justum est circa varias hominis ætates.*—Kitka, *Della imputabilità criminale dei giovanetti*, en los *Scritti germanici* publicados por Mori, II, pag. 77; y entre los autores antiguos á Narbona, *De ætate*, y Baronius, *De effectibus minoris ætatis circa judicialia.*

§ 216.

Tres divergencias radicales existen entre los autores respecto á la *edad* considerada como causa de disminución de la imputación. Se discute, en efecto: 1º si es por razones de *utilidad social* ó por razones de *justicia* por lo que la edad debe obtener esta influencia; 2º si es á causa de la relación que ella tiene con la *inteligencia*, ó de la influencia que ejerce sobre la *libertad*, por lo que debe ser colocada entre las degradantes; 3º si se debe ó no se debe admitir en la vida del hombre un período de *irresponsabilidad absoluta* que ponga al agente al abrigo de toda persecución, por una presunción *juris et de jure* (1).—Aunque las dos primeras cuestiones parezcan puramente especulativas, influyen esencialmente sobre la solución de la tercera y sobre toda la economía práctica de esta excusante. Si se resuelve la primera cuestión en el sentido del principio *político*, la tercera debe resolverse afirmativamente: se resolverá negativamente si se considera la edad desde el solo punto de vista de la *justicia*. Si en la segunda se hace prevalecer la consideración de la fogosidad de la juventud, que hace más irreflexiva la voluntad, la edad será simplemente una causa de *degradación;* mas si se prefiere ver en ella una circunstancia que hace insuficiente la inteligencia, se encontrará en la misma una *dirimente.*—En fin, la tercera cuestión tiene un papel decisivo en la aplicación práctica.

---

(1) Los autores que sostienen estas diversas opiniones, así como sus argumentos, han sido enumerados por Ellemet: *De minore ætate.*

§ 217.

La divergencia sobre la tercera cuestión no es doctrinal; se encuentra sólo en las diferentes legislaciones modernas. Admítase que en la vida humana debe haber un período de *irresponsabilidad* absoluta en virtud de una presunción de la ley, y entonces el autor de un hecho, si se encuentra en este período, no puede ser juzgado, por más precosidad de malicia que haya mostrado. Este es el principio en que se han inspirado varios códigos contemporáneos (1). Rechácese, al contrario, este período, y entonces el autor de un hecho, cualquiera que sea su edad, debe ser acusado y sometido á una represión cuando se le ha reconocido culpable de dolo.

(1) Más celosos por la defensa del derecho, el código francés (art 66) y el código sardo (art. 88) no reconocen época de *irresponsabilidad absoluta*. Aun en el primer período de la vida, que el código francés limita á 16 años y el sardo á 14, admiten que se puede ser culpable de dolo, y someten indistintamente al autor del hecho al proceso criminal, y después á la condenación si el juez declara en conciencia que el acusado ha obrado con *discernimiento.* El código prusiano de 1º de julio de 1851 conserva la disposición francesa, y ha sido imitado por el código portugués de 1852, por los códigos del Brasil, de las islas Jónicas y de Neufchatel, y por último por el código belga de 1867. Estas leyes no admiten cuestión de discernimiento para el agente que ha pasado de 16 (ó de 14) años, pero no reconocen, á la inversa, un período anterior de irresponsabilidad absoluta. Al contrario, las leyes inglesas, los códigos de Baviera, del Tesino, de Nápoles, de Baden, de España, de Toscana, el proyecto del código portugués, etc. fijan un tiempo más ó menos largo de irresponsabilidad absoluta. El sistema francés fué duramente censurado por Haus, *Observations sur le projet de révision du Code pénal*, vol. 1 pag. 210-214, con una solidez tal de argumentos que no ha dejado subsistir la menor duda. Someter á juicio y á la investigación del discernimiento á un niño en el cual el discernimiento es imposible, es exponer la justicia pública á que un juez demasiado celoso encuentre el discernimiento en un niño de dos años: sería esto un anacronismo en nuestros tiempos de luces y civilización. Rossi se ha levantado también contra este escándalo. Cuando se discutió en Francia la ley de 28 de abril de 1832 para la reforma del código penal, fué propuesto á la Cámara de los Pares que el juicio de los menores de 7 años tuviera lugar á *puerta cerrada y sin la presencia* del acusado: he aquí la justicia avergonzándose de sus actos! El artículo quedó tal como estaba, y el código sardo lo ha reproducido pura y simplemente.

§ 218.

En este conflicto, pensamos que es más exacto referir la edad á las causas de degradación que dependen de la *inteligencia*, y expondremos la doctrina que ha prevalecido en Toscana, según la cual la *edad* se divide, desde el punto de vista de la penalidad, en *cuatro períodos*. Las relaciones verdaderas de las cosas están, para la inteligencia del niño, rodeadas de una nube que no se disipa sino lentamente con el progreso de los años y gracias á la ayuda de la instrucción y de la experiencia.—Siguiendo este acrecentamiento progresivo de la inteligencia del hombre, debe tener lugar y aumentarse la imputación de sus actos. Por esto es por lo que los diferentes períodos no pueden expresarse científicamente con un criterio *numérico*, ni por una denominación tomada de un *hecho material*, sino por medio de un criterio exclusivamente jurídico. Así, yo diría: 1er. período—*irresponsabilidad absoluta;* 2º período—*responsabilidad condicional* y menos plena; 3er. período—*responsabilidad plena;* 4º período—*responsabilidad modificable en sus resultados*. Los principios que deslindan estos cuatro períodos pueden ser absolutos, pero la *medida* concreta de su separación no puede ser más que relativa y por esto es por lo que no se puede llevar esta teoría hasta la fórmula definitiva de su aplicación práctica, sin referirse á un derecho determinado y constituido.

§ 219.

1.er Período.—*Infancia* (desde el nacimiento hasta los 7 años) é *impubertad próxima á la infancia* (de 7 á 12 años) (1). En las dos partes de este primer período, no hay imputabilidad con relación á la ley civil, y existe presunción *juris et de jure* de que no hay en el agente

discernimiento suficiente para atraer las censuras de la justicia.

(1) Las mismas legislaciones que admiten la *irresponsabilidad absoluta* durante un período de la vida humana, están en desacuerdo cuando se trata de determinar el límite de este período. El estatuto de Luca del año 1538, lib. IV, cap. 58. limitaba el período de la irresponsabilidad á los diez años y medio. Las leyes inglesas, el código del Perú y el código de Bolivia la limitan á 7 años; el código bávaro á 8 años; el código napolitano, el código de Malta y el código español á 9 años. El código del Tesino de 1872, art. 49, el reglamento de Gregorio XVI (art. 27), el código de San Marino y el nuevo proyecto del código portugués lo extienden hasta los diez años. El código badense (§ 78), el código toscano de 1853 (art. 36) y el código de Zurich de 1871 (§ 45) extienden el período de irresponsabilidad hasta los 12 años; el código de Valais (art. 89), el código de Vaud (art. 51), el código de Friburgo (art. 52) y el código de los Grisones (§ 45, nº 1), hasta la edad de 14 años. Se podría pensar que esta diversidad obedece á la consideración del clima y á los métodos de educación de los diferentes países; mas esto no está de acuerdo con los hechos observados. La diversidad depende de la mayor ó menor importancia que se ha dado á la idea de que la pena aplicada á los niños no responde á su fin social. Mas el código toscano se muestra en seguida, yo no sé con qué lógica, más severo que el código badense en cuanto á la investigación del discernimiento.

§ 220.

Cuando un hombre, en este período, muestra una maldad precoz y un desarrollo de inteligencia extraordinario, sirven las medidas de buen gobierno *(policía)* para evitar las infracciones que pueda cometer.

§ 221.

2º Período.—*Impubertad próxima á la minoridad* (de 12 á 14 años) y *minoridad* (de 14 á 18 años cumplidos). Presunción *juris tantum* de la capacidad de cometer un delito. También en este período es obligado el hombre á rendir cuenta de sus acciones; mas corresponde al juez examinar si el acusado ha obrado ó nó con discernimiento suficiente. Si no encuentra discernimiento suficiente (1), debe absolver; si encuentra que ha habido discernimiento, debe imputar, pero en un grado

menor que el que la ley ha fijado para el mayor. Por esto es por lo que yo llamo *condicional* ó *menos pleno* á este período de la responsabilidad.

(1) Mittermaier ha criticado esta fórmula de un modo demasiado vago é indefinido, y muchos de nuestros autores, sirviéndose de esta crítica, la han repetido por cuenta propia. Comprendo que pueda suceder que la palabra *discernimiento* parezca ambigua y oscura á un alemán, atendida la diversidad del idioma, pero no puedo suponer que también lo sea para autores italianos. *Discernimiento,* en el sentido general de la palabra, expresa el poder de discernir el bien del mal; haber *obrado con discernimiento* es haber hecho uso de este poder en el acto particular del cual uno es autor. Ciertamente, el código toscano, sustituyendo á ella la fórmula *haber tenido conciencia* de sus actos, se ha servido de expresiones metafísica y gramaticalmente mejores. Mas si lo que se quiere es buscar sutilezas, también se podría desear que el artículo 34 de este código dijera: *conciencia de la criminalidad de sus actos,* porque uno puede tener conciencia de sus actos, conocer la objetividad material de ellos, sin apreciar ni comprender su objetividad moral y jurídica; pero en el mismo código toscano se hace figurar sin escrúpulo en el artículo 37 la fórmula *discernimiento,* y nadie ha pedido nunca entre nosotros que la ley explique á los jueces el significado de esta palabra. Para toda persona, aun para los extraños al derecho, encierra la idea de que el agente ha discernido el bien del mal, y que conocía todas las consecuencias de sus actos. Se ha dicho que la fórmula *discernimiento* es incompleta porque no comprende las causas que pueden obrar sobre la libertad. Este motivo es engañoso porque altera la situación; con respecto al impúber la cuestión es de *inteligencia* y no de *libertad.* Si, dado el discernimiento en el impúber, han obrado ciertas causas en su libertad, éstas tendrán para él el mismo efecto que para otro cualquiera; es una ilusión suponer que el legislador, al decir al juez que debe imputar al impúber la acción hecha con *discernimiento,* le ha ordenado que se la impute aunque éste no haya sido *libre,* cuando en tal caso tampoco se imputa al mayor. Este motivo, en derecho, carece de sentido.

§ 222.

La investigación del *discernimiento* en el agente debe ser admisible en todas las *épocas* que contiene este *segundo período.* Es solamente en la primera época *(impubertad próxima á la minoridad)* cuando esta cuestión debe volverse *obligatoria* para el juez en el segundo período *(minoridad),* puede ser *facultativa* (1).

(1) Puccioni *(Commentario al Codice penale Toscano,* arts. 37 y 38)

querría que se extendiera la *obligación* de examinar la cuestión subsidiaria del discernimiento. Por una notable coincidencia, en tanto que el código español de 1848 limita á la edad de 15 años (art. 8) la investigación del discernimiento, Valdesón en su comentario (*Teoría del Código español*, pag. 69) quería que la facultad de declarar la falta de discernimiento fuese extendida hasta la edad de 21 años.

§ 223.

La razón por la cual se admite en la segunda época la investigación del discernimiento proviene de que se ha notado que en algunos individuos, ya por falta de instrucción, ya por tardanza natural, el desarrollo de las facultades intelectuales se efectúa más lentamente.—Ahora bien, no se puede fundar una imputación sobre una simple presunción de inteligencia, cuando en realidad la inteligencia se encuentre imperfecta.

§ 224.

La razón por la cual en la segunda época se disminuye siempre la imputación es la siguiente: que aunque el menor haya tenido una capacidad suficiente para ser responsable de sus actos, su inteligencia no ha adquirido la firmeza suficiente y le falta la experiencia para hacer buen uso de la luz de la razón y para oponer á las vivas sugestiones de la pasión los consejos que ella le da.

§ 225.

La excusa deducida de la minoridad tiene siempre más energía en los delitos causados por el impulso de las pasiones, porque su vehemencia ejerce sobre la juventud, naturalmente demasiado pronta á obrar, una coacción psicológica más poderosa. Mas esta degradante debe ser admitida, aunque en la proporción conveniente, en toda especie de delitos; y es un error (á pesar de

lo que hayan pensado ciertos (1) doctores) rechazarla en razón de la *atrocidad* del delito. La excusa tiene su razón jurídica en las condiciones de la *persona*, y las condiciones de la persona no pueden cambiarse por las condiciones del hecho.

---

(1) Bœhmer, *Novum jus controversum*, observ. 67, § 2. La opinión rigorosa que rechazaba la excusa de la minoridad en los delitos atroces ha sido refutada por Baldus en su comentario de la ley 3, *Etsi severior, vers ex virgis, C. ex quibus causis infam. irrog.* Es en efecto contradictorio, si el menor encuentra una razón de excusa en el desarrollo incompleto de su inteligencia, que esta razón deba cesar para él (operándose el milagro del desarrollo completo de su espíritu) en razón á la naturaleza del hecho, cuando precisamente este hecho lo expone á una imputación que conduce á la pérdida de la vida ó á la privación perpetua de la libertad, lo cual excita más la piedad pública con respecto á él. La práctica alemana ha seguido la doctrina más favorable de Baldus (Colero, *Decisiones Saxonicæ*, decis. 162) la cual ha prevalecido, aunque con alguna inconstancia, en la práctica italiana: Caballo, *Resolutiones*, cas. 134; Sanfelice, *Decisiones Neapol*, decis. § 5.— El código penal sardo ha mostrado indulgencia cuando, en el artículo 91, ha extendido la causa de atenuación (limitando ésta á un solo grado de pena) al período comprendido entre los 18 y los 21 años; pero ha reproducido la vieja restricción de los delitos atroces, y ha sido criticado por esto muy juiciosamente por Cadoni en su tratado *Della colpabilità e delle cause che la modificano, Cagliari*, 1869, pag. 55 á 62. Es, por consiguiente, una excesiva injusticia la excepción hecha por el artículo 91, en virtud del artículo 533, nº 4, para mantener la pena de muerte contra el menor de 21 años culpable de haber cometido un homicidio por un movimiento instantáneo de cólera, cuando este homicidio ha sido el medio ó la consecuencia de un delito de resistencia á la fuerza pública. Por lo demás, no ha faltado quien pretenda que es peligroso admitir como excusa la minoridad, porque la experiencia ha mostrado que en las bandas de malhechores se elige un menor para la ejecución de los hechos más atroces, precisamente porque su edad le pone á cubierto de la pena capital. Pero ésta es una de esas observaciones de charlatán por medio de las cuales los utilitaristas se esfuerzan en trastornar todos los fundamentos de la justicia. Por medio de la doctrina de la utilidad se demuestra fácilmente que es razonable castigar en ciertos casos aun la misma inocencia, para las necesidades presentes de la tranquilidad pública; y es entonces más fácil persuadir de que el es *menos culpable* debe ser castigado al igual del que lo es *más*. Estas opiniones encuentran simpatías en los que niegan todo principio penal absoluto, y que hacen del derecho penal una *terapéutica*, ó bien un puro instrumento de violencia en manos de la autoridad. Pero la justicia no puede bajar la cabeza ante la arbitrariedad que la desconoce, y ella quiere que á toda disminución de fuerza moral subjetiva en el delincuente corresponda una disminución de imputación; si un asesino viejo, abusando de un menor, se ha servido de él para cometer un crimen con menos peligro, es una buena razón para usar de severidad contra el culpable

adulto, pero no para rehusar á un joven seducido por las sujestiones de otro las consideraciones y la indulgencia á que tiene derecho.

§ 226.

3er. Período.—*Mayoridad* (desde los 18 años cumplidos). Este es el período en el cual se aplica el grado ordinario de la imputación, según las condiciones particulares del hecho. La inteligencia en esta época ha alcanzado su madurez, y si otras circunstancias no le suministran alguna causa para que se disminuya la impución, el agente que se encuentra en este período no puede esperar ninguna disminución á causa de su edad.

§ 227.

Si la mayoridad, que para los *efectos civiles* comienza generalmente á los 21 años cumplidos, y aun en ciertos lugares á los 25, se ha fijado á los 18 en *materia penal*, ha sido por una razón intuitiva: para comprender toda la importancia del deber con respecto á las leyes penales, basta una capacidad menor, una experiencia y una madurez de reflexión menores, que para administrar bien los negocios y para guardarse de las astucias de los demás en los contratos.

§ 228.

4ª Período.—*Vejez.*—El período de la vejez y de la decrepitud, que los fisiólogos han determinado diversamente en la vida humana, ha parecido á algunos criminalistas que debe constituir una degradante. (1) Pero esto es una equivocación.

---

(1) Varios se han adherido á la idea de que se deben ciertos privilegios á la vejez: Struvius, *De juribus et privilegiis senectutis;* Hommel, *De juribus senum singularibus;* Schopffer, *Gerontologia sive De jure senum.*—

Pero el privilegio de cometer impunemente delitos es difícil de sostenerse, y lo que se dice de los privilegios debidos á la edad avanzada está en oposición directa con la proposición de que haya para los viejos una disminución de imputabilidad. Tissot habla de una ley china que exime de toda pena al hombre que ha cumplido noventa años; para ser lógica, debería declarar esta ley que á esa edad el hombre es incapaz de ejercer cualquier empleo, cualquier profesión y prohibirle testar, contratar y despojarle igualmente de la patria potestad. Un hombre á quien la ley declara irresponsable no puede ser ya un ciudadano activo.

§ 229.

Que la vejez pueda ser una razón para disminuir la pena, como lo veremos más adelante, es cosa bien diferente. Es una inexactitud demasiado frecuente confundir las causas de disminución de la imputación con las causas de disminución de la pena. La identidad del efecto sensible ha conducido á muchas personas á mezclarlas, con gran detrimento de la claridad científica y aun con peligro de equivocarse en la aplicación práctica. Mantengámonos fieles al análisis y cada cuestión quedará en su lugar. Aquí estudiamos las razones por las cuales vemos una imputabilidad menor en el autor de un hecho criminal; no buscamos ni la cantidad del delito *en abstracto*, ni las razones jurídicas ó políticas por las que se aplique al hecho una penalidad más ó menos grave.

§ 230.

La vejez puede conducir al hombre á la *imbecilidad*, y aun afirmaré que cuando se prolonga conduce á ella, de ordinario insensiblemente. Mas en este caso la causa de degradación consistirá en la *demencia* y no en los *años*.

§ 231.

La edad avanzada no puede por *sí misma* disminuir la responsabilidad de las faltas cometidas por el anciano;

al contrario, la sociedad tiene el derecho de exigir de él, vista su experiencia y el enfriamiento de las pasiones, un respeto más grande á la ley, y si los años no le han privado del conocimiento del bien y del mal, ellos le imponen tal vez mayores deberes. Además, bajo la relación del *daño mediato*, el delito del *anciano* presenta en su *fuerza moral objetiva* una intensidad más grande que el delito del jóven, en lo que concierne al mal ejemplo.—El sentido moral proclama esta verdad en el espíritu de todos.

§ 232.

La teoría de la edad en materia de penalidad conduce, en su aplicación práctica, á tres investigaciones ulteriores sobre la prueba. Estas son: 1º *cómo se prueba* la edad; 2º *quién* debe probarla; 3º *en qué momento* del proceso debe probarse. (1)

(1) Blanche, *Deuxième étude*, art. 67, números 206, 207.

2º *SEXO.*

§ 233.

Pienso que no debe verse en el *sexo femenino* una causa de disminución de la imputación. El sexo puede ser una razón para modificar la pena, por respeto á la sensibilidad del culpable y á la decencia pública; nosotros veremos esto más tarde; pero no existe ninguna razón para someter á la mujer á una *imputación* menor. (1)

Se objeta—1º que la inteligencia es menor en la mujer que en el hombre, y se pretende probar esta inferioridad apoyándose en las leyes civiles y políticas.—Debe responderse que aun cuando fuera verdadera esta suposición, no serviría para nada en este caso. La inteligen-

cia de la mujer es bastante clara, bastante ordenada, para que se la repute capaz de comprender los deberes que le incumben, tanto con respecto á la ley religiosa y moral como con respecto á la ley del Estado que la protege; no se podría, pues, hacer un código excepcional para la mitad del género humano. Y poco importa que las leyes políticas y civiles den á las mujeres derechos menos extensos: de las garantías que las leyes civiles acuerden á la mujer y de sus incapacidades políticas, no se puede deducir ningún argumento en favor del sexo, porque no hay necesidad, para ser capaz de dolo, ni de saber política, ni de estar al tanto de los negocios.

(1) Algunos han pensado que se debe admitir en favor de la mujer la excusa deducida de la ignorancia del derecho, y Klein (*Dissertat.* 10, *De innoxia mulierum juris ignorantia*, pag. 881) se ha ocupado en determinar los casos. Seguramente, si la mujer es ofendida se acuerda pronto de la ley penal y recurre al magistrado; por lo tanto, es difícil admitir que no conoce la ley cuando ella comete la ofensa. Pero si aceptáramos esta doctrina tan atrevida, la excusa bajo esta forma no sería una degradante particular al *sexo*, sino el resultado de un accidente que permite tener en cuenta el error de derecho.

§ 234.

Se objeta—2º que la mujer es mucho más débil de complexión, mucho más fragil en su organismo que el hombre. A esto se responde que esta razón es buena para eximir á la mujer de ciertas clases de castigos fatigosos, contrarios á sus costumbres y excesivos para sus fuerzas corporales; esto será, en una palabra, como lo veremos en su lugar (§ 726), una buena razón para disminuir la pena, pero no para disminuir también la imputación. La fuerza corporal nada tiene que ver con la moralidad de la acción.

§ 235.

Se objeta:—3º que la mujer es, por su naturaleza,

más variable que el hombre, que tiene más sensibilidad nerviosa, que es más tímida y más modesta; un escritor ha llegado hasta decir que ella tiene la memoria menos feliz. Pero esta inconstancia, esta excitabilidad nerviosa, esta sensibilidad mayor, no pueden suministrar un buen argumento para hacer ver en el delito cometido por la mujer una *fuerza moral* menor que en el delito cometido por el hombre. Las particularidades fisiológicas de la la mujer no hacen que en ella la percepción sea menos lúcida, ni la voluntad menos libre, y si debiera tomarse esto en cuenta, por necesidad lógica deberían también tomarse en cuenta respecto al hombre cuando éste presente las mismas condiciones. Del pudor y de la modestia que se dicen naturales en la mujer no se podría deducir argumento alguno, porque la mujer, teniendo en ese sentido más obstáculos que vencer para llegar al delito, mostraría al cometerlo mayor maldad de intención. (1)

(1) Sobre la condición jurídico-política de la mujer desde el punto de vista histórico, se puede consultar: á Bachofer, *Das Mutterrecht*, *Stuttgart*, 1861—y á Gide, *Sur la condition de la femme*, París, 1867.

§ 236.

Un criminalista distinguido ha emprendido recientemente la defensa del sexo femenino ante la justicia represiva, y en sus miras loables y filantrópicas ha ensayado sustraer á la pena capital la mitad del género humano, recurriendo á nuevas é ingeniosas observaciones para probar que el delito cometido por la mujer es socialmente menos imputable que el delito cometido por el hombre.—Alabo la santidad de la empresa, el talento empleado para hacerla triunfar y la novedad de las ideas; pero científicamente no puedo separarme de las enseñanzas de Rossi, que representan la doctrina dominante hoy en día.

Estas nuevas objecciones en favor del sexo son:

4º Que el delito cometido por la mujer presenta un *daño mediato* menor que el delito cometido por el hombre.—Esto podrá ser cierto con respecto á algunos delitos en los cuales el sexo es un obstáculo, una dificultad más, pero nó respecto de los que pueden cometerse tan fácilmente de parte de los hombres como de parte de las mujeres, y todavía menos para ciertos delitos que son, como lo muestra la historia, preferidos por el sexo débil.

§ 237.

Él objeta—5º que la mujer es más *corregible* que el hombre, y lo prueba con la estadística de las reincidencias.—Pero este argumento parte de la suposición de que en la corrección del culpable se encuentra el *fin* de la pena.—Querría que este principio pudiera ser reconocido como verdadero, porque la abolición de pena de muerte sería su consecuencia lógica, inevitable; pero puesto que yo no lo considero como verdadero (§ 645), y puesto que se rechaza su aplicación en el más importante de sus corolarios, no encuentro en la corregibilidad más grande de un individuo una razón para declararlo menos imputable cuando comete un delito.—Si, por otra parte, la corregibilidad (que es una previsión) llevara consigo la disminución de la imputación, la *corrección* efectiva (que es un hecho) debería, en buena lógica, implicar la cesación de la pena del culpable corregido. (1)

Él objeta en fin—6º que la mujer es menos *inclinada* que el hombre *á cometer delitos*, y lo prueba demostrativamente por datos estadísticos considerables.—Pero deben tenerse en cuenta los obstáculos más grandes y las ocasiones menos frecuentes que tienen las mujeres para cometer ciertos delitos. Y debe agregarse que, en razón de estos obstáculos, la energía de la voluntad se

muestra más intensa en la mujer que comete uno de estos delitos. Aun haciendo abstracción de esto, no puede reconocerse ninguna fuerza en este argumento, porque el principio sobre el cual reposa es necesariamente falso. No admitiendo que la frecuencia de ciertos delitos pueda hacer aumentar la *pena* (§ 698), todavía debo admitir menos que se encuentre en esto una razón para aumentar la imputación. Ahora bien, ésta es la base necesaria del argumento propuesto, puesto que, por la naturaleza de los correlativos, es la misma cosa decir que se imputa menos á la mujer ó que se imputa más al hombre. Y cuando un condenado pregunte por qué se le castiga más severamente que á la mujer que ha cometido el delito con él, dudo que se le persuada respondiéndole: se te castiga más porque eres hombre y porque se encuentran más culpables entre los hombres que entre las mujeres. Por otra parte, en el cálculo de la responsabilidad de la mujer que se hace culpable de un delito, no se puede tomar en consideración lo que no le es personal. Admito que el número de mujeres que cometen delitos sea menor; pero la mujer que los haya cometido debe precisamente, porque la excepción es más rara, ser considerada como más corrompida y más malvada que el hombre culpable del mismo hecho, ó cuando menos debe declarársele igualmente responsable, lo cual es suficiente. Aunque se pretenda que las mujeres son más *morales* que los hombres porque cometen delitos con más rareza, siempre será cierto que la mujer que ha cometido alguno no puede encontrar una excusa de su inmoralidad en la moralidad de las personas de su sexo. (2)

Tal es la opinión que profeso, respetando las convicciones contrarias. Veo en el sexo una causa de disminución de la pena, pero no puedo aceptar que sea una causa de disminución de la imputación.

---

(1) Me adhiero enteramente á la decisión de Jonge (*De delictis*, II,

pag. 297). *Civitas genere pœnæ, et adminiculis quibus uti potest, conari debet (quantum fieri licet) noxium tanquam civem et tanquam hominem emendare: verum hoc nunquan juris puniendi principium esse potest.*

(2) Esta refutación de Bonneville ha sido reproducida y desarrollada por Wahlberg (*Eco dei tribunali*, nº 1366). Él agrega que si se debieran tomar por regla de la imputación los datos estadísticos recopilados por Bonneville, ellos exigirían que se castigara más severamente á las viudas que á las mujeres casadas, pues es incontestable que entre las primeras el número de culpables es mucho más grande que entre las segundas: se llegaría así á un casuismo que arrojaría el ridículo sobre la proporción de las penas.—Véase en el mismo sentido Ziliotto, *Eco dei tribunali*, nos. 1893 y 1894, y en favor de las mujeres Traccagnani, *Della ragione filosofica del diritto penale*, capítulo 6.

3º SUEÑO.

§ 238.

Los hechos ejecutados durante el sueño, á pesar de que en las personas que están sujetas al fenómeno misterioso del *sonambulismo* presenten á primera vista el aspecto de la inteligencia, son actos puramente maquinales; falta en ellos la dirección de una voluntad racional y la conciencia de los actos ejecutados. Así, todo el mundo conviene en que no se puede acusar de *dolo* al hombre por lo que ha hecho durante el sueño. (1)

(1) Beutel, *De jure circa somnum et somnia*, cap. 5; *De jure circa somnia in delictis (in* Thomasio, *Dissert. juridicæ.* I, diss. 11).—Ippius, *De delicto et pœna noctambulorum sive dormientium et somniantium*, cap. 2. *au et quousque obligentur noctambuli, dormientes, somniantes, ex maleficio.*—Debay, *Les mystères du sommeil*, París, 1854.

§ 239.

Se admite, por lo demás, que se pueda reprochar una *culpa* al *sonámbulo* (1), no por lo que haya hecho *durante el sueño*, sino más bien por no haber tomado precauciones *cuando estaba despierto*, si conociendo su enfermedad ha podido prever que ella lo exponía á vio-

lar la ley estando dormido, y no se ha esforzado en prevenir ese mal. Pero esta diligencia excepcional es de escasa aplicación.

(1) La doctrina actual sobre los delitos cometidos durante el sueño se remonta á la más antigua práctica y nos ha sido trasmitida sin modificaciones: Caldero, *Decisiones Cathaloniæ*, decis. 43, nº 40, y los autores que él cita en gran número. El caso más frecuente de esta cuestión es el del niño ahogado en el lecho por la nodriza dormida: aquí la culpa consiste en que la mujer, antes de dormirse, no ha tomado las precauciones necesarias. La práctica ha introducido sobre este punto una distinción remarcable entre la madre del niño ahogado y la nodriza extraña: se aplica á ésta la pena de homicidio por imprudencia; en cuanto á la madre, ella es, dícese, *magis miseratione digna:* se la considera bastante castigada con su dolor y remordimientos. Me parece que en esta distinción el sentimiento se ha sobrepuesto á la lógica, porque la culpa debería, al contrario, ser reputada más grave cuando los deberes violados son más sagrados.

§ 240.

No se puede admitir como prácticamente posible y digna de una atención especial la hipótesis fantástica de un sonambulismo *cierto* pero *rebuscado*, es decir, de un designio combinado para procurarse *á sí mismo* los medios de cometer *durante el sueño* un delito que uno ha proyectado estando despierto.

4º SORDOMUDEZ.

§ 241.

El filósofo que no admite la doctrina sensualista reconoce en el alma humana la facultad de suplir aun la falta de un sentido, para llegar á obtener una noción clara de las cosas; pero es necesario que reconozca un límite á esta teoría en la percepción de las ideas abstractas. (1)

(1) Esta opinión, que es la más común, ha sido combatida recien-

mente con principios científicos por el profesor Veratti, de Módena. En su obra *Sulla imputabilità dei sordo-muti* sostiene, apoyándose en muchos hechos recopilados por él, que el sordomudo, aunque carezca de instrucción, puede ser responsable.

§ 242.

El hombre no adquiere las ideas abstractas, tales como las del deber, del derecho, de la justicia, sino por la comunicación de ellas que recibe de otros hombres por medio del oído. El agente necesario para la comunicación de las ideas abstractas es la *palabra:* los otros sentidos pueden hacernos adquirir la noción del derecho penal como un *hecho material*, pero nó la noción de su *justicia.* Es únicamente para llegar á estas concepciones para lo que necesita el alma la ayuda de los sentidos; si ellas exigen un sentido, es á fin de que la inteligencia del niño entre en comunicación con la inteligencia de los demás. Las almas separadas de los órganos tendrían esta facultad por sí mismas, porque entre ellas la comunicación de los pensamientos se hace por una intuición recíproca; pero en tanto que el alma esté aprisionada en el cuerpo, no hay contacto entre dos inteligencias sino por medio de los órganos, y más particularmente por medio del oído y de la palabra.

§ 243.

Ahora bien, la impotencia en que se encuentra el infortunado que, arrojado en medio de los hombres sin el órgano del oído, no ha podido adquirir por boca de otro una percepción clara de la idea del derecho y de la justicia, ha sido la causa de que se hayan sentado preceptos especiales relativamente á su capacidad jurídica (1) y de que se haya aceptado como regla, durante cierto tiempo, la irresponsabilidad del *sordo de nacimiento.*

(1) Guyot, *De jure surdumutorum.*—Gasser, *De inquisitione contra surdum et mutum natura talem.*—Vive, *Sur les délits des sourds-muets.*—Forti, *Conclusioni*, pag. 35.

§ 244.

Pero cuando un bienhechor de la humanidad hubo imaginado el maravilloso medio de instruir á los sordomudos, y cuando, siguiendo sus huellas, se hubo empleado la palabra escrita como equivalente de la palabra hablada, estos infortunados poseyeron el medio para llegar á la concepción de las ideas abstractas, supliendo por el sentido de la vista la ausencia del oído. Y entonces hubo de reconocerse que los sordomudos pueden hacerse responsables ante la ley civil.

§ 245.

Para que el *sordomudo* pueda sin injusticia ser reputado capaz de cometer un delito será, por tanto, necesario que el juez se asegure de que el culpable que padece esta enfermedad es bastante instruido para poder formar un juicio regular sobre sus acciones, sobre sus consecuencias y sobre sus relaciones racionales con la ley penal.

§ 246.

Cuando esto suceda, el juez, declarando que hay *discernimiento* en tal acción del *sordomudo* que constituye la violación de la ley, declarará por lo tanto su responsabilidad ante esta ley. La fórmula de *discernimiento* no es como lo ha creído Giuliani, equivalente á la de *instrucción.* La palabra instrucción puede expresar tanto la *causa* como el *efecto causado.* La responsabilidad no procede de la instrucción recibida, sino de la adquisición de luces que resulta de ella. Al decir que el *sordo-*

mudo es responsable cuando es *instruido*, se corre el riesgo de que un juez, visto el certificado de instrucción del *sordomudo*, lo declare responsable á pesar de ser ignorante. Por otra parte, este hecho considerado como causa no podría hacerse figurar *a priori* en una ley, sin descender á la determinación del método y del grado de la instrucción recibida. La fórmula del *discernimiento* es, pues, muy buena y muy exacta: es la única que responde al principio de que no se admite condenación por presunción. Es absolutamente necesario dejar á la conciencia del magistrado la investigación del discernimiento, porque ella depende exclusivamente del examen especial de las condiciones del individuo autor del delito, condiciones que es imposible determinar *a priori*.

§ 247.

Pero, á pesar de todo, si por consecuencia de esa investigación el *sordomudo* es reconocido socialmente responsable, será siempre en un grado inferior (1); se debe, en efecto, tener en cuenta su desgracia, y además quedará siempre *incierto* si este infortunio, del cual él no es causa sino víctima, no ha introducido en alguna manera la turbación en sus ideas é *influído* sobre su falta.

---

(1) Hoy que el afán por lo nuevo ha hecho nacer una especie de manía de atacar las doctrinas ya aceptadas, algunas personas se complacen en trastornar también la doctrina de la sordomudez que domina en los tribunales. Se ha dicho que la enfermedad del sordomudo no reside en sus *facultades mentales*, sino en sus órganos: observación que carece de sentido, porque puede ser aplicada al menor y al demente. Es un absurdo confundir, en el juicio de la imputabilidad, el *poder* con el *hecho*. O bien sois espiritualistas, y entonces debéis convenir en que todas las almas nacen dotadas de un poder igual, y que el juicio de la impubilidad depende precisamente de la influencia que ejercen los órganos sobre la acción de este poder; ó bien sois materialistas, y entonces para vosotros la imputación no puede depender sino de los órganos corporales más ó menos perfectos, más ó menos desarrollados. Se ha reproducido, por lo general, el anatema sofístico contra la doctrina de la *media imputabilidad*. Se ha dicho que el sordomudo ó es imputable ó no lo es; si es imputable, se le debe castigar como á los

demás; si no lo es, debe absolvérsele; no hay término medio. Esta objeción se refiere igualmente á la minoridad, á la impubertad, al intervalo lúcido y á la embriaguez, y llega hasta la supresión completa de la teoría de las causas de degradación. Nosotros hemos refutado ya esto (§ 210, en nota) desde el punto de vista general. Tanto la luz material como la intelectual tienen sus grados. Si la *plenitud* de la luz intelectual es condición esencial de la *plenitud* de la imputación, será siempre injusto aplicar la imputación *plena* cuando la lucidez de la inteligencia es *incompleta*. Y si la no imputabilidad tiene por condición esencial, bajo la relación de la inteligencia, la *falta total* concreta de ella en la acción que se quisiera imputar, es igualmente injusto absolver cuando esta falta no ha sido *total*. Para sostener la oposición contra la doctrina clásica de la degradación de la imputación, se ha imaginado una nueva fórmula: se ha dicho que aquí se trata de un *estado dudoso* del alma. Con esta fórmula, jugando con la palabra *duda*, se ha sacado partido de la regla sagrada de que en la duda se debe absolver. Tal es la sofistería de esta nueva doctrina, que ha encontrado en nuestros días demasiados prosélitos y que querría colocar al juez en la perpetua alternativa de absolver ó de condenar á la pena ordinaria. La regla de que en la *duda* se debe absolver es una regla muy cierta, una regla absoluta, cuando la *duda* es *subjetiva* en el que juzga: cuando estoy incierto de si el hombre ha tenido ó nó inteligencia, debo absolverlo. Pero en la argumentación que se nos opone se considera la palabra *duda* desde el punto de vista *objetivo*, en el cual no significa ya un estado *negativo*, sino un estado *medio* en las condiciones del alma, no del juez, sino del culpable. El juez no duda, solamente está *cierto* de que el culpable estaba medio ébrio, ó era sordomudo ó menor, etc.—El El juez está *cierto* de que en esta situación había inteligencia, pero incompleta. A este estado medio de la inteligencia queréis llamar *estado dudoso;* pero esta palabra *dudoso* no puede ser usada más que en el sentido de *vacilante*, *intermediario*, etc., y entonces no es ya lógico aplicar la regla de que en la duda debe absolverse, puesto que el juez no está indeciso sino *cierto:* está cierto de que el reo ha tenido alguna luz, y esto le basta para no absolver; está cierto de que esta luz no ha sido completa, y esto le basta para no aplicar la pena ordinaria. Del mismo modo, podemos decir hablando del crepúsculo que el cielo está en un estado *dudoso* entre el día y la noche, aunque estemos seguros positivamente de que no es ni el día verdadero ni la verdadera noche, sino de que es el crepúsculo.

5º *LOCURA.*

§ 248.

La locura (1), considerada como circunstancia que destruye la imputación, puede definirse: *un estado de enfermedad que, quitando al hombre la facultad de conocer las verdaderas relaciones de sus acciones con la ley, lo ha impulsado á violarla sin que haya tenido conciencia de esta violación.*

(1) La importancia y el desarrollo que recibe cada día la locura en la ciencia *psichiatrica* deben ser atribuidos, no solamente al progreso actual de todas las ciencias, sino también á la repetición más frecuente de este fenómeno en nuestra época. Crece, según se ha pretendido, en proporción á la civilización, y esto es lo que ha tratado de demostrar Brierre de Boismont, *De l'influence de la civilisation sur le développement de la folie.*

§ 249.

De esta definición se desprenden tres consecuencias:

1º Que la enagenación *intelectual*, ó enagenación con *delirio*, puede por sí sola excluir la imputación, y que la excluye aunque se presente bajo la forma de *imbecilidad*, de *demencia* ó de *furor*. Otra cosa sucede con la enagenación *moral* ó *sin delirio*, la cual, ya sea considerada moral ó socialmente, no disminuye la responsabilidad del agente: en efecto, ella no altera el poder de la inteligencia ni destruye la libertad de elección. La fuerza que ejerce una tendencia malvada sobre la determinación del maniático moral, aumentando la razón que tiene la sociedad para temerle, no disminuye en nada su responsabilidad. (1)

2º Que la enagenación intelectual excluye siempre la imputación cuando es *instable* ó *total*. Si ha sido *fija* ó *parcial*, la excluye solamente si ha sido *eficaz*, es decir, si ha *influido* sobre la determinación. (2)

3º Que la mayor ó menor duración de la alteración mórbida no influye en nada sobre la imputabilidad; basta que el acceso sea concomitante á la acción criminal: de este modo la responsabilidad del agente puede ser absolutamente excluída, aun por un *furor pasajero*. A la inversa, aun en la enagenación *con delirio*, si el delito es cometido en el *intervalo lúcido*, será imputable á su autor. Hay, como lo ha hecho justamente notar Robert, una diferencia según que se aprecie la locura en vista de sus efectos *civiles* ó, al contrario, en vista de sus consecuencias *penales*. En el primer caso, para dar lugar á la interdicción, es necesario que haya tenido una *permanen-*

cia, contínua ó *intermitente;* en el segundo, basta que haya intervenido *únicamente* en el momento del delito. Esto se verifica en el furor pasajero.

---

(1) La opinión contraria ha sido sostenida hace poco por una escuela médica cuyos adeptos sería demasiado largo enumerar. En sustancia, su tesis se reduce á sostener que en el hombre no puede estar dañada la voluntad sin que lo esté la inteligencia. Véase Mandon, *Historie critique de la folie*, París, 1862. Pero desde el punto de vista jurídico es difícil que sean aceptadas teorías de ese género. Esta cuestión ha sido resumida en este aspecto por Legrand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, París, 1854.—Los antiguos han considerado muy superficialmente los problemas que se relacionan con este asunto: Frommann, *De jure furiosorum*.—Hommel, *De temperandis pœnis ob imbecillitatem intellectus*, in Martini, *Select. dissert. criminal.*, dissert., 13.

(2) Esta fórmula muy exacta, aceptada desde luego por los jurisconsultos, fué propuesta por Mittermaier en la sabia discertación *De alienationibus mentis*, Heidelberg, 1825. La refutación de este escrito fué emprendida por Grohmann, *De mentis alienationibus*, Hamburgo, 1827. Mittermaier ha insistido varias veces sobre este asunto, no solamente en una discertación especial publicada en 1838 (la cual ha sido traducida por Ulloa, *Discorsi*, vol. I, pag. 237), sino en muchas otras monografías. Recientemente, en fin, ha tenido á bien honrarnos emitiendo concepto sobre la segunda edición de nuestro *Programma*, y critica lo que nosotros habíamos enseñado, siguiendo sus huellas sobre la materia de la enajenación *parcial:* le ha parecido bien abandonar su antigua opinión, diciendo que ella ha sido contradicha por las últimas revelaciones de la ciencia. Hacía alusión entonces á la doctrina médica moderna, resumida por Brierre de Boismont en su Memoria leída en la Academia de Ciencias en la sesión del 3 de agosto de 1863, y en sus otros escritos en los cuales el ilustre médico se empeña en demostrar que cuando el hombre piensa, es todo el cerebro el que piensa, de manera que una afección aunque parcial del cerebro, modifica enteramente la inteligencia, lo que hace absurda la opinión de una irresponsabilidad puramente *parcial.* Nosotros no tenemos las luces necesarias para juzgar el fundamento de esta doctrina, pero desde el punto de vista de la práctica jurídica, no nos resolveríamos á eximir de toda responsabilidad á ciertas personas que gozan en la sociedad de la plenitud de sus derechos, aunque estén afectadas de una enajenación ó de una alucinación parcial; y en efecto, como ellas dan en todo lo demás signos inequívocos de una inteligencia sana y completa, sería injusto encerrarlas en un hospital ó tratarlas excepcionalmente como insensatas. Si, pues, estas personas, á pesar de su enajenación parcial, tienen el derecho de ser mantenidas en el goce de sus derechos civiles, es necesario que soporten la responsabilidad. Véase Blanche, *Études sur le Code pénal, deuxième étude*, art. 64, nº 175. Hay más, aunque se prive á un hombre de ciertos derechos en razón de una enajenación parcial (como sucede con los pródigos, á los cuales se puede verdaderamente, en ciertos casos, reputar víctimas de una locura, razón por la cual las leyes romanas los asimilaban á los locos) no se podría por esto aceptar como regla su irresponsabilidad (Richter, *Velitationes*, velitatio 40, pag. 795).

§ 250.

Si se mantiene el espíritu de la *responsabilidad* aun en el caso de enagenación parcial no eficaz y de acto cometido en un *intervalo lúcido*, es justo, por lo menos, acordar una *disminución* de imputación (1); y esto, tanto por un motivo de humanidad, como por la razón de que la irregularidad de las fuerzas intelectuales hace sospechar siempre que la enfermedad ha ejercido cierta influencia sobre la determinación criminal. Por otra parte, cada cual siente que en semejante caso el daño mediato es siempre menor. Algunos jurisconsultos han querido reducir á una teoría fija la imputabilidad del hombre en los intervalos lúcidos, y han dicho que se debe tomar por criterio determinante la *duración proporcional*, enseñando que si la duración del acceso de la locura es *igual* al intervalo lúcido ó más *largo* que él, no hay imputabilidad, y que ésta no debe admitirse más que cuando los intervalos lúcidos han durado más tiempo que el *acceso*. Por mi parte, no creo que una cuestión tan delicada pueda decidirse autocráticamente, con el cronómetro en la mano. Es necesario tener también en cuenta el *grado* de la lucidez intermitente y las condiciones patológicas particulares del acceso, cosas todas que exigen el ojo experimentado y el maduro examen del médico. Es inútil hacer notar que la locura *simulada* no puede servir nunca de excusa al delito. Pero conviene recordar que todas las investigaciones de hecho relativas á las condiciones de la locura deben ser dejadas al juicio del magistrado (2) y que no pueden ser definidas *a priori* por la ley (3).

---

(1) Los doctores antiguos no estaban de acuerdo en la apreciación de los *intervalos lúcidos*, como nos lo revelan las disputas de Gómez, (*Variar. resolut.*, lib. III, cap. I, nº 72) y de Fachineo (*Controversia jvris.* lib. IX, cap. III); pero hoy la doctrina está de acuerdo con lo que indicamos (Friedreich, *Della imputazione dei pazzi nel lucido intervallo*, en los *Scritti germanici* recopilados por Mori, vol. III, pag. 17).



(2) Tomasio, en una disertación muy sutil, según su costumbre, ha pretendido establecer *a priori* reglas para juzgar la locura. Filangieri, aunque poco inclinado á dejar nada al arbitrio del juez, ha admitido la necesidad de recurrir á él para hacer estas investigaciones. Carmignani ha criticado fuertemente á Filangieri con respecto a esta doctrina. Nicolini á su vez ha criticado á Carmignani y ha restablecido la doctrina de Filangieri que, prácticamente, es la única aceptable. Es necesario, sin embargo, que en estas investigaciones el juez se atenga al parecer de médicos expertos, si no quiere ser tachado de presumido y poner en peligro la justicia. Si las opiniones de médicos expertos discrepan sobre algunas de estas cuestiones, y si tanto de un lado como de otro las opiniones son autorizadas, el juez deja en paz su conciencia adoptando la más dulce. Si lo hiciera de otro modo, incurriría no sólo en el reproche de presumido sino también en el de feroz. La materia de la prueba de la locura desde el punto de vista práctico legal ha sido recientemente tratada por Blanche, *Deuxième étude*, art. 64, nº 178. Él examina en este estudio la cuestión de saber qué importancia tiene sobre el juicio criminal la sentencia del tribunal civil que ha puesto en interdicción por causa de locura.

(3) No puede haber legislación que no admita como principio la irresponsabilidad completa del loco. Aun cuando el legislador hubiera guardado un silencio absoluto respecto á esta regla, los jueces deberían suplirlo, porque los fundamentos de la responsabilidad del hombre no necesitan ser puestos en un código. Sin embargo, se ha querido en los códigos modernos proclamar este principio para mayor seguridad. El código toscano lo ha proclamado por medio de esta fórmula general: "*No es imputable el que no ha tenido conciencia de sus actos*", sin descender en la aplicación de la regla á la locura, al error, etc.; en esto ha hecho bien; solamente que tal vez habría valido más decir: conciencia de la *criminalidad de sus actos*, por que puede uno tener conciencia *de sus actos* en sus relaciones puramente *materiales*, sin tener conciencia de sus relaciones *morales* y *jurídicas*. En otros códigos se ha descendido en la aplicación del principio á los casos particùlares de falta de conciencia, lo cual es superfluo. En otros, en fin, se ha querido en materia de locura llegar hasta designar sus diferentes clases con sus nombres técnicos: han errado grandemente y han sido justamente vituperados por los teóricos y por los prácticos. Un código no debería jamás, en sus disposiciones, detallar las condiciones *materiales*, porque toda enumeración corre el riesgo de ser *incompleta*, y por consiguiente viciosa. Tanto para las generalidades como para la indicación de los casos particulares, se debería definir la *idea*, el objetivo jurídico, el cual es siempre preciso y absoluto,y no hacer nunca depender el precepto de la materialidad de hecho, la cual es perpetuamente variable.

II.

CAUSAS IDEOLÓGICAS.

§ 251.

Las causas *morales* ó *ideológicas* que hacen ineficaz en ciertos momentos la potencia intelectual en el hombre que, de ordinario, goza completamente de ella, son la *ignorancia* y el *error*.

§ 252.

La *ignorancia* consiste en la *ausencia* de toda noción sobre un objeto. El *error* consiste en una noción *falsa* relativamente á un objeto. La ignorancia es un estado *negativo* del alma; el error es un estado *positivo*. Considerados metafísicamente, son muy distintos uno de otro.

§ 253.

Pero como el derecho penal no trata de las condiciones del alma sino en tanto que ellas han sido *causa de acción*, y como el estado de *ignorancia*, estado puramente *negativo*, no puede ser *causa de acción*, el criminalista no tiene que examinar la *ignorancia*, sino solamente el *error*. (1)

(1) Es así como Savigny ha reunido la *ignorancia* y el *error* en cuanto á sus efectos jurídicos; pero pasando á una concepción opuesta, enseña que la *ignorancia* lo contiene todo, puesto que el *error* proviene siempre de la ignorancia de alguna cosa. La doctrina del error en materia penal ha sido claramente desarrollada por Renazzi, *Elementa juris criminalis*, lib. I, cap. VIII.

§ 254.

El error del hombre consiste en las relaciones de

sus actos con la ley: sea que, conociendo la *ley*, se equivoque en las *condiciones* particulares del *hecho;* sea que, conociendo bien las *condiciones del hecho*, se equivoque sobre la existencia de la ley que lo prohíbe. Por lo tanto, el error considerado con relación al *objeto* á que se refiere, puede ser un error *de hecho* ó un error *de derecho*.

§ 255.

El error puede provenir de una alucinación de la inteligencia de la cual el hombre *podía librarse* obrando con prudencia, haciendo uso de los sentidos y de la razón. Puede también tener por causa una equivocación que aun la diligencia más exacta *no podría disipar*. Por lo tanto, el error considerado en su causa se divide en error *superable* y error *insuperable*.

§ 256.

En fin, la falsa noción que ha trastornado el espíritu puede ser tal, que aun suponiéndola verdadera, *subsistiría* la *criminalidad* de la acción; y puede ser tal que, si ella hubiera sido cierta, la criminalidad *habría desaparecido*. Así, pues, considerado con relación á su influencia sobre la criminalidad de la acción, se divide el error en *accidental* y *esencial*.

§ 257.

Sentadas estas definiciones, he aquí las reglas según las cuales se aprecia el error como circunstancia que modifica la imputación.

§ 258.

1º—El error de *derecho* no es nunca una excusa.—

Los principios sociales exigen que se presuma en el ciudadano el conocimiento de la ley penal; es, por lo demás, un deber de cada uno el conocerla.

§ 259.

A esta regla se puede hacer una limitación moderada en el caso del *extranjero* llegado *recientemente* al territorio en el cual rige la ley que ha violado; es necesario, por otra parte, que en el hecho que él ha cometido se encuentren estas dos condiciones: 1ª que no sea reprobado por la *moral;* 2ª que no sea prohibido *en la patria del extranjero.* Es por esto por lo que esta excepción es particular á las *transgresiones* y difícilmente aplicable á los *verdaderos delitos.* (1)

(1) La regla de que el *error de derecho* no es una excusa, tiene siempre necesidad de un esclarecimiento que yo no he visto dar á nadie, tal vez por habérsele juzgado inútil. El error de derecho no excusa cuando tiene lugar respecto á una ley penal, pero puede muy bien excusar cuando se verifica sobre otras leyes. Por ejemplo, la hija que á la muerte de su padre se apodera y dispone de los bienes que él ha dejado, no podrá ser condenada como culpable de robo ó de malversación de herencia, cuando ella da una razón suficiente de su ignorancia de la ley civil que difería la sucesión á los agnados más lejanos. Aquí falta el dolo. Todo error que hace creer firmemente que uno es propietario de una cosa que pertenecía á otro, excluye la noción jurídica del robo. Del mismo modo se ha absuelto recientemente en Prusia (como lo refiere Mittermaier) á un hombre acusado de bigamia, porque había sido víctima de un error de derecho. Su error consistía en creerse libre, desligado de un lazo conyugal anterior, en virtud de una sentencia de separación que había obtenido contra su primera esposa: prácticamente, la sentencia carecía de las formalidades que las leyes del país exigían para que produjera este efecto. Este error era evidentemente un *error de derecho,* porque en suma se alegaba la ignorancia de la ley sobre el divorcio; pero los tribunales declararon que el hombre había obrado de buena fe, y lo absolvieron; y esta absolución era justa. Al contrario, no se le habría podido absolver si hubiera alegado la ignorancia de la ley penal que declara que la bigamia es un delito. Van Pelt, *De ignorantia et errore in delictis,* § 14, pag. 31, ha disertado extensamente sobre las razones de rehusar toda excusa al error de derecho, aun en los delitos de creación social. Véase también Bonfils, *De la compétence,* pag. 280. Se ha intentado limitar la regla en favor de las mujeres (Klein, *De innoxia mulierum juris ignorantia; in ejus dissert.,*vol. II, *dissert.* 18, pag. 881);pero los argumentos deducidos de las leyes civiles tienen poco valor en materia criminal.

§ 260.

2º—El error *de hecho* exime de toda imputación cuando ha sido *esencial* é *invencible.* No hay nada que reprochar al que no creía hacer mal, cuando no le era posible conocer la criminalidad de su acción.

§ 261.

3º—El error de hecho, aunque sea invencible, no excusa si es *accidental* ó *concomitante.* La voluntad se ha dirigido hacia el delito: cuando no modifiquen el delito, los diversos efectos no deben ser tomados en cuenta; cuando ellos lo modifican (debiendo en consecuencia ser tomados en consideración), si lo modifican en *menos*, es el *resultado* y no el *error* el que favórece al culpable (1); si lo modifican en *más*, el error sobre la circunstancia que ha cambiado se convierte en un error *esencial.* Por lo tanto, la fórmula de que el error *accidental* no excusa queda siempre como verdadera.

(1) Sobre las diversas clases de error de hecho, Six *(De errore facti in delictis*, parte 1, pag. 10) refiere las disputas de Feuerbach y de Tittmann, y en la pag. 60 desarrolla la distinción entre el *error en el objeto*, *el error en el resultado* y la *aberración*, tres casos en los cuales la diferencia es muy pronunciada, y que deben ser examinados y juzgados distintamente.

§ 262.

Así, si alguno queriendo matar á Cayo ha matado á Ticio, no se podrá pretender que es responsable de *tentativa de homicidio* contra Cayo y de *homicidio involuntario* respecto á Ticio (1). Es culpable del homicidio de Ticio, y este homicidio es *voluntario*, porque la voluntad del agente tendía á la muerte de un ciudadano, y su acción la ha producido.

(1) Algunos autores alemanes se han empeñado en sostener esta te-

sis. Otros la han refutado sin distinción. Haus (*Cours de droit criminel*, nº 135) concilia las opiniones divergentes, haciendo la siguiente distinción: si se ha matado á un individuo creyendo que era Cayo y era Pedro, como el resultado de la acción es el que se quería, en atención á que el *individuo* que se ha herido es *materialmente* contra quien se ha dirigido la acción, en estos casos permanece el título de homicidio voluntario. Si al contrario, se ha dirigido el golpe contra Cayo y se ha matado á Pedro que estaba cerca de él, habrá un homicidio tentado ó frustrado con respecto á Cayo y un homicidio involuntario relativamente á Pedro. Véase Six, *De errori facti in delictis*, pars altera, pag. 40 y 54 á 55; Pfotenhauer, *De delicto per errorem in persona commisso;* y lo que digo en los §§ 1536 y 1350.

§ 263.

4º—El error de hecho *esencial*, cuando es *superable*, exime de la imputación por causa de *dolo*, pero subsiste la responsabilidad por causa de *culpa*. Es una *omisión voluntaria* de diligencia no reflexionar en lo que disiparía el error. Esta omisión voluntaria es la *causa* de la infracción de la ley. Subsiste, pues, una responsabilidad.

§ 264.

De este modo el error *superable*, lo mismo que la *culpa*, valen, sino como causa *dirimente*, al menos como causa *degradante* de la imputación. Por consiguiente, la *culpa* encuentra su lugar en la teoría del *grado*, porque modifica grandemente y aun algunas veces suprime la imputación; el *caso fortuito*, que la destruye siempre, encuentra también en ella su lugar.

§ 265.

Pero entre el *error superable* y la *culpa*, considerados ontológicamente, hay la diferencia de que en la culpa *no se han previsto*, por negligencia, *todas las consecuencias materiales* del hecho: falta absolutamente la dirección de la intención hacia el suceso producido. En el

error *superable*, las *consecuencias materiales* del hecho *han sido queridas* y *previstas;* pero por negligencia ó por una equivocación de hecho, no se ha previsto la consecuencia *jurídica* de la violación de la ley que este suceso producía.

§ 266.

Hemos indicado anteriormente (§ 88) cuál es el criterio de la culpa y de su graduación, y cómo se distingue del dolo y del caso fortuito.

§ 267.

La imputabilidad de la *culpa* tiene lugar tanto con relación á la persona que es causa *inmediata* de la infracción, como con relación á la causa *mediata*, con tal de que en sus actos respectivos se encuentre el elemento *moral* derivado de la posibilidad de prever, y el elemento *físico* deducido de la eficacia positiva de sus actos.— Pero la imputabilidad correspondiente no cambia según que la causa sea mediata ó inmediata; ella se regula siempre según el criterio de la posibilidad de prever, y la responsabilidad de la una no excluye la responsabilidad de la otra en cuanto á sus consecuencias penales. (1)

(1) La responsabilidad penal con relación á la *causa mediata* en las lesiones resultantes de una culpa ha sido reconocida por una sentencia de la Corte de Casación de Francia de 16 de junio de 1864. Se trataba de un accidente sucedido á un obrero; se había establecido que había habido imprudencia de parte de este obrero, pero también la había habido de parte del empresario del trabajo, y se hacía consistir la imprudencia de éste: 1º en que no había dado al obrero la escalera necesaria y lo había obligado por esto á hacer un andamio; 2º en que él había hecho notar, visitando el trabajo, que este andamio estaba mal hecho y amenazaba caerse, lo que sucedió, y había permitido que se continuara haciendo uso de él. En estos términos de hecho fué declarada la responsabilidad del empresario. Véase Morin, *Journal de droit criminel*, nº 7973. Pero esta doctrina de la responsabilidad de la causa mediata en los hechos culpables, bien fundada á mi parecer



en presencia de *actos positivos* del hombre al cual se reprocha haber causado mediatamente el accidente, se aplicaría difícilmente á los *actos* puramente *negativos* y á la hipótesis de una inacción completa.

§ 268.

La regla de que la *culpa* lleva consigo una notable *disminución* de la imputabilidad social, es aceptada;—pero las opiniones difieren en cuanto al efecto *dirimente* de la culpa. Algunos han negado absolutamente este efecto, no sólo para la culpa *grave*, sino también para la *leve* y aun para la *levísima*. Otros (como Carmignani) la han admitido en los dos últimos casos, porque hacen consistir en la sospecha de dolo el fundamento de la imputabilidad. Otros, con más justicia, encontrando este fundamento en el daño mediato, han atribuido el efecto disminuyente á la culpa *leve* y á la *grave*, y el efecto dirimente á la *levísima*, porque no puede resultar alarma apreciable de un hecho causado por una imprevisión de este género, en la cual los ciudadanos comprenden bien que *la mayor parte de ellos* caería fácilmente.

§ 269.

Hay acuerdo, sin embargo, en reconocer el grado superior de imputabilidad de la culpa cuando está *mezclada de dolo:* á esto llaman los prácticos *culpa informata dolo*. En este caso, el grado de la imputación no se mide ya por el criterio de la *posibilidad de prever* el efecto dañoso sino por la regla del dolo que ha intervenido en el acto.

§ 270.

Todos los criminalistas italianos (hay disidencia con respecto á algunos alemanes modernos) están también de acuerdo en que aun el *caso fortuito* puede ser,

en términos convenientes, socialmente imputable en razón de una *culpa*, cuando el agente que por un accidente ha violado la ley hacía una *cosa ilícita*. (1)

(1) Este es el lugar de recordar mi estudio *sul caso fortuito* publicado en los *Opuscoli*, op. 31, vol. 3. Demuestro ahí que en suma la divergencia consiste en la manera diferente de definir el *caso fortuito*. Si, ateniéndose á la noción puramente abstracta del caso fortuito, se considera como condición de él la imposibilidad absoluta de *prever* y de *impedir* el acontecimiento, es ciertamente un error y una injusticia imputar el caso fortuito á un hombre porque haga una *cosa ilícita*. Pero los que han formulado la regla de que tratamos, regla justamente combatida en su generalidad por los alemanes modernos, han tomado la noción del caso fortuito en un sentido concreto é impropio, suponiendo que el agente podía *prever* y *prevenir* el suceso del cual ha sido causa.

§ 271.

Hay, en fin, una forma particular de degradación que resulta de la falta de previsión del efecto más grave; ella da lugar á una imputación media entre la que se atribuiría al hecho *doloso* y la que se atribuiría al hecho *culpable*. A esta forma se da el nombre de *preterintención*, título especial, de frecuente aplicación en la práctica en los homicidios cometidos *con intención de herir* pero *sin intención de matar*. El homicidio *præter intentionem* encierra el dolo, el cual resulta de la intención de dañar al enemigo; pero en cuanto al efecto de dar la muerte, hay culpa, porque se supone que la muerte *no ha sido prevista;* hay menos imputación que en el *dolo indeterminado*, en el cual se supone que el efecto más grave ha sido *previsto* aunque no se haya querido precisamente (§ 70); hay más que en la culpa, porque se ha obrado con la intención positiva de causar mal al enemigo.

Artículo Segundo.

Del grado con relación á la voluntad del agente.

§ 272.

El hombre tiene la facultad de determinarse, dando la preferencia á la acción ó á la inacción, según los cálculos de su inteligencia. Este poder es lo que constituye la *libertad de elección.* Es á causa de esta facultad por lo que se le pide cuenta de los actos á que se determina.

§ 273.

La *libertad* de elegir, como potencia abstracta del alma, no puede ser jamás arrebatada al hombre. Aquel que cae de un lugar elevado, mientras cae y se ve caer, puede no querer caer: la libertad subsiste en él únicamente como *idea*, sin que le sea posible realizarla.

§ 274.

El hombre puede encontrarse privado de la plenitud del *libre albedrío* en el acto de su determinación, cuando una causa interna ó externa obra sobre su espíritu ejerciendo una fuerte impulsión sobre esa determinación.

§ 275.

En tal caso el acto es siempre *voluntario*, porque la libertad de elección quedaba siempre al agente, el cual *quiso* tomar tal partido más bien que tal otro. Pero se dice que su voluntad ha sido menos espontánea, porque el libre albedrío ha sido disminuído en el acto de la determinación.

§ 276.

Se debe tomar en cuenta la disminución de espontaneidad en aquel que bajo esta impulsión ha violado la ley, porque la fuerza moral del delito está disminuída tanto en su esencia, que es la intención malvada, como en su resultado, que es el daño mediato. (1)

(1) Todas las degradantes tienen por resultado disminuir la fuerza moral del delito, porque el mal ejemplo que resulta es menor, y también es menor la alarma. Aunque se vea en esto una razón *política* para aceptar la disminución de imputación, sin embargo el fundamento *jurídico* de la degradación consiste de todo en todo en la disminución de las fuerzas *subjetivas*. La justicia exige que se impute menos un delito cuando hay una disminución en los elementos que lo constituyen. La disminución de fuerza objetiva que resulta es un efecto de la ley de los correlativos, la cual muestra que no hay ningún inconveniente para la sociedad en admitir la degradación de las fuerzas subjetivas como criterio de la disminución de la imputación.

§ 277.

Las circunstancias que producen este efecto de limitar el *libre albedrío* del hombre en la determinación de lo que quiere, constituyen en nuestra ciencia la teoría de la degradación del delito en cuanto al elemento de la voluntad.

§ 278.

La fuerza que impele al hombre á obrar puede ser *física* ó *moral*. *Física*, cuando obra sobre el *cuerpo; moral*, cuando obra sobre el *alma*.

§ 279.

En el primer caso se dice que el hombre obra *á su pesar (invito)*; en el segundo, que es *violentado. (coatto)*. El hombre que obra *á su pesar* no puede ser responsa-

ble jamás ante la ley penal. No es agente, sino que ejecuta; él no es la causa de la infracción, lo es la fuerza que se sirve de su cuerpo como de un instrumento para una acción en la cual él permanece puramente pasivo.

§ 280.

En el acto *involuntario*, el hombre *físico* está en actividad, pero el hombre *interno* permanece inactivo: hay *acción*, pero nó *intención.*

§ 281.

En el acto que ejecuta *á su pesar* el hombre, ni aun físicamente tiene parte, pues permanece puramente pasivo; pero no con la *pasividad* que tiene siempre el cuerpo con relación al alma á la cual está unido, sino con una pasividad anormal, pues obedece á la impulsión de otro cuerpo, y nó á la de su alma. No hay en este caso ni *intención* ni *acción.*

§ 282.

En el acto al cual es *violentado*, el hombre interno participa lo mismo que el hombre externo; hay *intención* y *acción*, pero hay limitación de la *libertad* de la determinación y y de la acción.

§ 283.

Este efecto de la violencia moral ó psicológica que, volviendo menos espontánea la voluntad, modifica la imputación, se encuentra: 1º en la *violencia (coazione)* propiamente dicha ó *violencia moral externa;* 2º en el *impulso* de las pasiones; 3º en la *embriaguez.*

1º VIOLENCIA.

§ 284.

La *violencia*, en el sentido estricto de la palabra, es la presión que el aspecto de un grave mal inminente ejerce *sobre el alma* del hombre, cuyas determinaciones sufren también violencia (1)

(1) Un gran número de autores ha tratado esta interesante materia: Struvius, *De vindicta privata.*—Coccejus, *Exercitat. curios., excerc. de fuga*, cap. 5.—Venema, *De casu extremæ necessitatis.*—Uries, *De naturali suæ defensione.*—Collard, *De moderamine inculpatæ tutelæ.*—Strychius, *De jure necessariæ defensionis; dissert. vol.* 10, *dissert.* 4.—Bang, *De moderamine inculpatæ tutelæ*, Hauniæ, 1819.—Feuerbach. *De causis mitigandi ex capitæ impeditæ libertatis*, Jenæ: in Martini, *select. dissertat. jur. crim. dissert.* 14, p. 480.—Levita, *Sur la légitime défense.* Pero los que á mi parecer han formulado más exactamente que todos los demás la legítima defensa, son: Nicolini *(Questioni di diritto*, 2ª parte, *quest.* 25, nº 9, p. 289, de la edición de Liorna; *y quest.* 26, p. 293);—Haus, *Cours de droit criminel*, § 161); y Bélime, *(Philosophie du droit*, I, p. 204, § *Je répondrai).* Más recientemente lo han tratado: Gregory, *De inculpatæ tutelæ moderatione.* Hagæ Comitis, 1864; y con la profundidad acostumbrada, el sabio Benier en su disertación *De impunitate propter summam necessitatem proposita.*

§ 285.

El acto á que se determina el hombre con motivo de esa presión, puede tomar una doble forma: la de una *acción*, ó la de una *reacción.* Esta distinción no ha sido bastante marcada en muchos códigos. (1)

(1) Véase Valdesón, *Teoría del código español*, pag. 70–72.

§ 286.

Tomará la forma de *acción* cuando la violencia provenga de un accidente ó de un tercero, y el acto al cual ha recurrido el hombre para sustraerse al mal que lo amenaza, sea dirigido contra una persona *que no es causa* de ese mal. Este primer caso, menos frecuente que el

segundo, pero digno sin embargo de ser observado, presenta los mismos términos desde el punto de vista de la posición moral del agente, y debe regirse por los mismos principios.

§ 287.

Tomará la forma de *reacción* si, para escapar de un peligro inminente, rechazamos á *la misma persona* que nos amenaza con él, y al procurar nuestra *defensa,* no nos limitamos á *rechazar* el ataque, sino que llegamos hasta *atacar* al agresor.

§ 288.

En los dos casos existe el concurso de la voluntad. En efecto, á pesar de la *violencia*, el hombre *quiere* y se determina, por medio del libre ejercicio de su actividad psicológica, á escoger el mal ageno más bien que el suyo propio. Sin embargo, la imputabilidad de la acción ó de la *reacción* no existe, aunque ellas produzcan un acto materialmente contrario á la ley, si en el temor que nos ha impulsado á obrar ó á ejecutar la reacción (*reagire*) se presentan las condiciones de lo que los criminalistas llaman *moderamen inculpatæ tutelæ*, es decir, la *defensa* en los límites de la *necesidad.*

§ 289.

El fundamento *de hecho* de esta causa dirimente es el *temor*, el cual supone siempre la amenaza de un *mal* no sufrido.

§ 290.

El fundamento *jurídico* no consiste sólo en el *con-*

flicto de los deberes, ni en la *perturbación* del alma: estos principios, aunque verdaderos, no bastarían por sí solos para darnos razón *en todos los casos*, de la legitimidad de la defensa privada. (1)

(1) Véase mi discurso *sulla difesa pubblica e privata*, in fine, *Opuscoli*, I, *opus*. 3. El asunto de la legitimidad de la defensa privada ha ocupado á tan gran número de autores, que para dar una bibliografía completa de ellos se necesitaría llenar un volumen. Teólogos, moralistas, publicistas y criminalistas han tratado de él largamente. La idea jurídica de la violencia ha sido exactamente resumida por Giuliani, *Instituzioni di diritto criminale*, I, p. 184 y sig.; II, p. 290 y 310, de la edición de 1856. Pero el ilustre autor (p. 185) ha criticado á Carmignani por una idea que en verdad no sustentaba nuestro maestro; ha despreciado la primera condición indicada por Carmignani, por no haberse fijado en los caracteres *cursivos:* Carmignani no ha puesto en letras cursivas la palabra *impendeat*, como la crítica de Giuliani lo supone, sino la palabra *timor*. El vicio de la enumeración del profesor pisano consiste en que ha separado el *sujeto* del *atributo*, y hecho en cierto modo del primero un atributo distinto, error que ha corregido después en su *Teoría;* pero no es cierto que haya caído en el pleonasmo absurdo de hacer de la *presencia* y de la *inminencia* dos condiciones distintas.

§ 291.

El fundamento constante de esta legitimidad es la *cesación*, para la sociedad, *del derecho castigar*. Este derecho de la autoridad social emana de la ley eterna del orden, la cual exige que se dé al precepto moral una sanción pronta y eficaz: completamos así la ley natural, garantizando enérgicamente los derechos que esta ley confiere y socorriendo por medio de la defensa pública á la humanidad impotente para rechazar con las fuerzas privadas las asechanzas de los malvados. La defensa pública tiene, pues, el carácter de *subsidiaria*. (1) Admitido este principio, la lógica nos obliga á deducir de él que cuando la defensa privada ha podido ser eficaz mientras que la defensa pública no lo era, la una ha recobrado su derecho y la otra lo ha perdido. El proverbio vulgar, *la necesidad no tiene ley*, resume la idea filosófica de

esta teoría, mejor de lo que pueden hacerlo todas las sabias fórmulas de los publicistas.

(1) Este principio es desde luego el fundamento de la legitimidad del derecho de castigar y la medida de su ejercicio. No es (como en su lugar veremos) que la sociedad ejerza el derecho de castigar por una *delegación* del particular; este es un error. Pero si su poder proviene de la necesidad de defender el derecho, ella no puede ejercerlo sino en el caso en que el derecho haya sido atacado, y en que, por consiguiente, en el momento de la violación la defensa privada hubiera sido legítimamente empleada, caso de ser posible.

§ 292.

Exigir que el inocente se deje matar, sería imponer un desorden, y por lo tanto ir contra la ley natural, la cual es la única base del derecho penal humano. Si también hay un desorden en el homicidio de otro inocente, como sucede por ejemplo cuando el agresor es un loco, la paridad de los desórdenes hace entonces cesar el derecho de castigar, porque suprime su causa.

§ 293.

El efecto dirimente de la *violencia* no se mide, pues, según la *pérdida* ó la *persistencia de los derechos* de aquel que ha sido víctima de la acción ó de la reacción forzada. Se considera únicamente en la persona misma que ha sido violentada y se mide según su situación. (1)

(1) La inocencia de la víctima es en este sentido indiferente para la apreciación de la violencia, según el célebre ejemplo de Bacon referido por Blakstone, *Commentaries*, I, chap. 14.

§ 294.

Fué un error de muchos publicistas deducir el derecho de defensa de la persona atacada, de la supuesta pérdida del derecho á la vida en el autor de la agresión.

La fuerza excusante de la violencia debe buscarse en el hombre atacado, y nó en la persona del agresor ó en la víctima del hecho: *l. 2 C. ad leg. Cornel. de sicariis.*

§ 295.

Es también por estos principios (y nó por la pretendida extinción del derecho de propiedad) por lo que se legitima el robo cometido bajo el imperio del hambre.—La ley del orden no puede preferir el mal irreparable de la muerte de un hombre, al mal reparable de la ofensa á la propiedad, porque ésta es una ley de conservación.—(Véase § 2040, en la nota).

§ 296.

Sin embargo, para que se conceda al temor el poder de hacer legítimo un acto que viola los derechos de otro y que es materialmente contrario á la ley, es regla absoluta en todos los casos que en el mal que amenaza á la persona se encuentren estas tres condiciones: 1º—La *injusticia;* 2º—La *gravedad;* 3º—La *inevitabilidad.*

§ 297.

1º—La injusticia.—Esta condición falta en dos casos: 1º—Cuando el mal que amenaza á la persona es perfectamente legítimo, como en el caso del condenado á muerte que para salvarse mata al verdugo ó al carcelero, ó en el de aquel que rechaza la fuerza pública que lo arresta. (Morin, *Journal de Droit Criminel*, nº 7934); 2º—Cuando la persona amenazada ha cometido una acción injusta, aunque el mal que la amenaza exceda los límites de la legitimidad; tal es el caso del ladrón ó del adúltero que, sorprendido y amenazado de muerte por el propietario ó por el marido, lo mata; el caso de aquel

que excita una riña; en una palabra, todos los conflictos en que el peligro que corro es el resultado de un acto que se me puede reprochar. (1)

(1) No quiere decir esto que en tal caso jamás haya excusa alguna. Sucede así necesariamente en la hipótesis del agresor que, por haber puesto en peligro la vida de otro, es amenazado con la pérdida de la suya: no puede haber entonces ninguna degradante, con tal que haya habido *continuidad* en los actos. Pero en la hipótesis del ladrón, del adúltero y de todo hombre que se ha expuesto al peligro por una acción reprensible que no amenazaba la vida de otro, la excusa derivada del peligro sobrevenido puede subsistir. Por lo demás, esto ya no es *legítima defensa*; es *exceso de defensa*.

§ 298.

2º—LA GRAVEDAD.—Se debe buscar la gravedad del mal, no en la verdad absoluta, que puede haber pasado desapercibida para la persona atacada, sino en la *opinión razonada* que esta persona se ha formado.

§ 299.

Se considera como *grave* el mal que amenaza la *vida*, el *cuerpo* ó el *pudor* (1); pero no aquel que ataca los *bienes*, ni el que hiere la *reputación*, sino es con respecto á una reacción *correlativa*. Es cierto que el comentario oficial del código bávaro (artº 129, nota 1), el código de Hesse Darmstadt y el código austriaco admiten como *causa dirimente* la defensa de la propiedad; pero los doctores y los legisladores no le reconocen comunmente más que un efecto *degradante* que tiene su razón de ser en la justicia del sentimiento impulsivo, y jamás le conceden, cuando está aislada, fuerza justificativa. Carmignani, con mucha exactitud científica, ha reducido el criterio de la *gravedad* del mal, á su *irreparabilidad* (*Teoría delle leggi della sicurezza sociale*, II, pag. 239); y esta fórmula es la más verdadera, tanto en la teoría

como en la práctica. Véase Ortolán, *Eléments de Droit Pénal* nº 422.

---

(1) Charondas, *Réponses du droit français*, nº 188, p. 323, da un ejemplo notable del uso de la legítima defensa contra un ultraje al pudor.

§ 300.

Por lo demás, el mal es grave en cuanto al efecto de que tratamos, ya amenace á *nosotros mismos* ó bien á *otra persona*, aun cuando ésta no se halle unida á nosotros por la sangre: basta que sea inocente, injustamente atacada é impotente para salvarse. Si legitimamos la defensa *propia* sin legitimar la defensa de *otro*, (1) santificamos el egoismo y proscribimos la caridad.—Un código cristiano no puede ser más inhumano que las leyes de las idólatras. Negar (en el concurso de las condiciones requeridas) la legitimidad de la defensa de *otro*, es desconocer el Evangelio.

---

(1) Trébutien, *Cours de droit criminel*. I, pag. 160;—Ortolan, *Eléments de droit pénal*, nº 432;—Giuliani, *Instituzioni*, II, pag. 310. La práctica ha admitido sin vacilación como legítima la defensa de otro. (Caldero, *Decisionis Cathaloniæ, decis.* 65).

§ 301.

La ley natural que da á la sociedad el derecho de castigar, no puede contradecir la ley natural que nos impone socorrer á nuestros semejantes. Prohibir á los ciudadanos que den socorro al inocente atacado, no es defender los derechos del hombre, sino sus injusticias; no es servir á la causa del orden, sino á la del desorden. (1)

---

(1) La antigua fórmula tan á menudo repetida, de que el temor debe ser tal *qui cadat in virum constantem*, es una fórmula errada. Es peligrosa en la aplicación, porque conduce á considerar el temor desde un punto de vista abstracto, mientras que la justicia exige que sea apreciado subje-

tivamente. Cuando aquel contra quien se ha dirigido la amenaza no es el *vir constans*, sino un hombre tímido, le castigáis, no porque es *culpable* ó *malvado*, sino porque es de naturaleza *tímida!* Porqué investigar si otro en mi lugar habría sido amedrentado ó nó, cuando consta que yo lo he sido, que he tenido un motivo para temer que no era enteramente irracional, y que he obrado con la convicción de que hacía una cosa legítima?

§ 302.

3º—La inevitabilidad.—Ciertamente, si pudiéramos sustraernos al mal que nos amenaza, *de otro modo* que violando la ley, esta violación debe ser imputable; en efecto, el libre albedrío del agente no estaría ya obligado á escoger entre dos males igualmente graves, y la ley del orden podría ser observada, con tal que escogiera el medio inocente por medio del cual habría evitado el daño ajeno al mismo tiempro que el propio.

§ 303.

Puede uno sustraerse *de otro modo* al mal que le amenaza, sea previéndolo *antes*, sea tomando *ulteriormente* precauciones, sea usando de expedientes *concomitantes*. Es por esto por lo que la *inevitabilidad* del peligro que ha impulsado á obrar ó á ejecutar la reacción, se deduce de tres criterios distintos: 1º que sea *imprevisto;* 2º que sea *presente;* 3º que sea *absoluto*.

§ 304.

Primer criterio de la inevitabilidad: que el peligro sea *imprevisto*. Si era *previsto*, ha habido culpa en afrontarlo, en exponerse al riesgo de perder la vida ó de quitarla á otro. La necesidad en que nos hemos encontrado no ha tenido otra causa que nosotros mismos, la hemos escogido en la plenitud de nuestro libre albedrío.

§ 305.

Por lo demás, para aplicar este criterio se exige que la *previsión* sea *cierta;* no basta una previsión vaga, una simple sospecha como la del viajero que, previendo un ataque de bandidos, se ha provisto de armas para rechazarlo.

§ 306.

Segundo criterio: que sea *presente.* Si fuera *pasado*, sería un sentimiento de venganza el que impulsa á obrar, y las condiciones de la defensa no concurrirían.— Si fuera *futuro*, podrían tomarse en el intervalo las precauciones necesarias para evitarlo.

§ 307.

Tercer criterio: que sea *absoluto.* —Es decir, que el peligro, en el momento mismo en que se presenta, no pueda ser evitado por medios inocentes. Estos medios se reducen á la *súplica*, á los *gritos* y á la *fuga.*

§ 308.

Para que á aquel que invoca la necesidad de la defensa, se le pueda reprochar el no haber recurrido á la súplica, á los gritos ó á la fuga (1), se necesitan dos condiciones: la primera, que esos medios hubiesen sido *en realidad útiles*, es decir, eficaces para librar del peligro; la segunda, que la persona atacada *haya podido calcular esta utilidad.*

(1) Respecto á la huída, hay grandes divergencias entre los autores, tanto antiguos como modernos; han caído en distinciones sutiles hasta el exceso, á menudo irracionales, y más á menudo ridículas, para decidir si aquel que había matado, cuando podía huir sin peligro, merecía ó nó ser imputado. Trébutien, p. 151-552, ha intentado una conciliación ingeniosa de este desacuerdo.



§ 309.

Sería una injusticia reprocharle el no haber hecho una cosa *impotente* para salvarla, ó cuya utilidad *no podía conocer.* La legitimidad de la defensa debe siempre medirse según la *opinión racional* de aquel que se ve amenazado de muerte, y no según lo que un frío cálculo y un maduro examen han hecho conocer al juez. Si el error ha sido grosero é inexcusable, habrá precipitación é imprudencia; en caso de credulidad razonada y excusable, no habrá ni aun una culpa; pero en ambas hipótesis, aquel que se ha engañado en el cálculo del peligro y de los medios de salvarse, ha obrado con la convicción de que ejecutaba un acto legítimo, y no se le puede acusar de *dolo.*

§ 310.

La ausencia de la condición de *gravedad* ó de *inevitabilidad* del peligro, da lugar á lo que se llama *exceso de defensa:* presenta más á amenudo los caracteres de la *culpa* que los del *dolo,* y si en los delitos graves no es dirimente, debe al menos disminuir notablemente la imputación. Pero no debe perderse de vista la distinción netre el *exceso de defensa* (*stricto sensu*) que constituye el *dolo,* y el *exceso de legítima defensa* (ó como otros dicen: la *irregularidad de la legítima defensa*) que constituye siempre la *culpa,* y que puede algunas veces dejarse impune. (1) Así, el código prusiano (sancionado el 14 de abril y puesto en vigor el 1º de julio de 1851), en el § 41, asimila en cuanto al efecto dirimente la legítima defensa y el exceso: disposición muy dulce y que se puede aceptar, con tal que se refiera á la *irregularidad* (ó *exceso)* de la *legítima defensa,* pues en este sentido encuentra una base sólida en el principio arriba enunciado de la ausencia dedolo. Aquel que, engañándose sobre

la *gravedad* ó sobre la *inevitabilidad* del peligro, ha matado ó ha herido, *no tiene la voluntad, la conciencia de cometer un delito:* está, pues, absolutamente exento de *dolo.* Se le puede reprochar un error de cálculo ó la precipitación, es decir, lo que constituye una culpa; pero si se observa que el aspecto de un peligro inminente no deja la facultad de razonar más que á hombres de una presencia de espíritu *extraordinaria*, se comprende que esta precipitación, y el error de juicio que de ella resulta, es un efecto inevitable de la naturaleza humana, efecto del cual muy pocas personas estarían exentas en circunstancias análogas, es decir, en el caso de una perturbación causada por el espanto.

(1) Esta distinción ha sido desarrollada por Carmignani, *Elementa*, § 979, en nota, y por Giuliani, II, p. 295.

§ 311.

Hay una *violencia* que se llama *impropia*: tiene lugar cuando, sin ninguna amenaza de mal corporal inminente, la persona se ha determinado á cometer el delito para obedecer la orden de otra persona que ejerce sobre ella una *autoridad.*

§ 312.

Esta *autoridad* puede ser *doméstica*, *gerárquica* ó *política.* La subordinación *doméstica* es la que sufren la mujer, el niño ó el servidor, respecto al marido, al padre ó al amo.

§ 313.

La subordinación *gerárquica* es la que consiste en una relación de superioridad y de dependencia respectivas, resultante de un orden particular de oficios ó de fun-

ciones que tienen con frecuencia un carácter público.— Tal es la que liga al soldado con el capitán, al eclesiástico con el obispo, al escribano(*cancelliere*)con el juez, etc.

§ 314.

La subordinación *política* es la que liga al súbdito con el príncipe, y en general con la autoridad que gobierna el Estado.

§ 315.

La regla general es que el *temor* puramente *reverencial* no excluye la imputación. Puede disminuirla ligeramente, pero como la simple sumisión y el respeto no quitan la *conciencia* de que se obra mal, ni la *libertad* de escoger, los caracteres del dolo y de la responsabilidad del delito cometido subsisten. (1)

(1) La jurisprudencia francesa es constante en este sentido.— (Blanche, *Deuxième étude*, art. 64, nº 204 y sig.) Pero como la práctica italiana admite en general que se puede tomar en cuenta una fuerte instigación venida de un tercero, para disminuir ligeramente la imputación, es natural que aplique con más extensión esta regla cuando la instigación parte de una persona que tiene sobre el agente cierta autoridad moral. Así, entre los prácticos encontramos muy á menudo atenuada la imputación de la mujer que ha obrado por orden de su marido. (Mastrillo, *decis.* 246 y los autores que él cita).

§ 316.

Se deduce de lo anterior que, si la subordinación doméstica puede algunas veces disminuir la imputación, no puede jamás destruirla. La subordinación *política destruye* la imputación cuando hace desaparecer la *criminalidad* del acto, como en el caso de una ley emanada de un *gobierno de hecho*. La subordinación *gerárquica* no es generalmente más que una *degradante*, y no toma el

carácter de *dirimente* sino cuando ha quitado la *conciencia de la criminalidad* del acto, como sucede cuando el superior ha ordenado con un fin ilícito una cosa que estaba en sus atribuciones ordenar, de manera que el agente *crea* hacer una cosa lícita. En este caso, la dirimente depende más de las condiciones de la *inteligencia* que de las de la *voluntad* del agente. La persona responsable del delito es entonces la que ordena; la otra no es más que un instrumento ciego y material que obra sin tener conciencia de violar la ley, y á la cual no puede imponerse el deber de apreciar las ordenes de su superior. Está exenta de dolo: su acción material se une al dolo de aquel que de ella se ha servido como medio, y á él deben referirse las dos fuerzas del delito producido. (1)

---

(1) En una disertación especial inserta en el *Giurista* de Nápoles, 6º año, nº 67, Quinto se ha pronunciado justamente contra la doctrina de la obediencia *pasiva* que querría que el código penal diera desde luego una patente de impunidad á todo subalterno que cometiera un delito por orden de su superior. La cuestión es puramente de *dolo*, y por consiguiente no puede ser sino particular á cada caso. La orden del superior es una excusa legítima cuando ella ha conducido al agente á la creencia racional de que no cometía un delito. Si á pesar de la orden que ha recibido, el subalterno ha tenido conciencia de que servía de instrumento para la ejecución de un delito, es imposible que no sea responsable. Se puede únicamente tomar en cuenta el temor reverencial como degradante. Si este temor se trasforma en el del peligro inminente de un daño personal, como cuando el superior amenaza con hacer fusilar al soldado si no obedece su orden, entonces la dirimente no proviene ya de la orden, y es un error hacerla figurar en esta teoría: entra en la regla general de la legítima defensa y de la violencia *propiamente dicha*. Es así como los espíritus se extravían, cambiando el punto de vista jurídico de las cuestiones. Se dice: el viejo se vuelve algunas veces imbécil, y por tanto debe darse á todos los viejos patente de impunidad; se dice: el subalterno corre algunas veces el riesgo de perder la vida si desobedece á su superior, y por consiguiente debe acordarse la impunidad á todos los subalternos. Argumento ilógico. La imbecilidad y el peligro de perder la vida, cuando se presentan, destruyen la imputación en virtud de su naturaleza propia, y entonces no hay necesidad de ninguna otra regla; pero estas condiciones de hecho deben existir, debe justificarse su existencia en cada caso concreto, y es un error concederlas por presunción á ciertas categorías de personas ó á ciertas especies de situaciones, cuando no pueda afirmarse que son constantes y perpetuas en esas clases de personas ó en esas especies de situaciones.

2º IMPULSO DE LAS PASIONES.

§ 317.

Para atribuir á cada delito una medida justa, es necesario considerar las pasiones que han impelido á violar la ley, no *moral* ni *socialmente*, sino *psicológicamente*.

§ 318.

Las pasiones son ciertamente la única fuente de las acciones malvadas, y el moralista, que ve en ellas un trastorno de la supremacía divina del alma sobre el cuerpo, debe mirarlas como el enemigo al cual tiene que combatir. Pero el criminalista, que encuentra un elemento constitutivo del delito en la fuerza moral (la cual tiene su causa en el alma del agente, y su resultado en el alma de los ciudadanos testigos del delito), mira las pasiones desde un punto de vista diferente. La violencia ejercida sobre la voluntad del agente, aun por una potencia puramente interna, produce, aunque sea viciosa, el irrecusable efecto de disminuir la fuerza moral del delito en su elemento constitutivo, disminuyendo la *espontaneidad* de la determinación. A la disminución subjetiva de esta fuerza corresponde una disminución objetiva. En tal concepto, por una deducción lógica de los principios que regulan la constitución y la medida del delito, el criminalista encuentra en el delito cometido á consecuencia de esta impulsión violenta, una menor gravedad social y una menor gravedad moral. Así, pues, debe en buena justicia atribuirle un grado menor.

§ 319.

Si el criterio de la cantidad de los delitos se dedujera de la violación del deber, sería contradictorio encontrar una *degradante* en la cólera: ésta debería, al contra-

rio, aumentar la cantidad, y hay contradicción en admitir que una circunstancia que aumenta la *cantidad* de un delito considerado *in genere*, lo degrada en la especie particular en que presenta más energía. El hombre colérico que hiere á alguno viola dos deberes: uno montando en cólera, otro ejecutando la herida. Pero como al primero de estos deberes no corresponde un *derecho* en los demás, no es impropio que la cólera, que viola un deber moral, no aumente la cantidad, y que á la inversa modifique el grado del delito. Si debiera buscarse el criterio de la cantidad de los delitos en la impulsión criminal, esa cantidad sería ciertamente mayor cuando la pasión que impulsa la determinación criminal es más enérgica. Pero si se mide la cantidad del delito según el criterio de las fuerzas consideradas objetivamente, toda contradicción desaparece; más bien esto concuerda con el principio de que cuando se encuentra en una especie particular una degradación de la fuerza moral subjetiva, se debe degradar la imputación, precisamente porque á la fuerza moral subjetiva menor corresponde siempre una fuerza moral objetiva menor. Es muy cierto que si el *dolo* consistiera en la *conciencia*, no podríamos ver en las pasiones una causa de degradación del dolo, y por consiguiente no se podría decir que el delito cometido en el arrebato de la pasión tiene una menor fuerza moral. Esto es precisamente lo que ha conducido á Schrœter y á algunos otros entre les modernos, á rechazar como inaceptable la distinción entre el dolo irreflexivo y el premeditado, apoyándose en que la conciencia de violar la ley es la misma en la cólera y sin la cólera. Pero nosotros hemos demostrado ya (§ 69) la falsedád de esta doctrina. Así, pues, para nosotros no puede haber duda sobre la admisibilidad de la degradación en razón de la impetuosidad de las pasiones, pues ella concuerda con la definición de las fuerzas constitutivas del delito, con la definición del dolo y con el criterio que empleamos para medir la can-

tidad social de los delitos. Se ve que estos principios se enlazan y coordinan, lo cual es por excelencia el criterio de la verdad.

§ 320.

Para que la *pasión* opere esta modificación de la *fuerza moral* del delito es necesario, pues, que ella produzca sobre la facultad de *querer* una *coacción* que precipite la determinación criminal y haga olvidar mas fácilmente las prescripciones de la ley prohibitiva. No es en la noción especial de la pasión, sino más bien en este carácter particular, donde se encuentra su fuerza excusante.

§ 321.

Debemos, por consiguiente, distinguir las pasiones *ciegas* de las pasiones que *razonan*. Las unas obran violentamente sobre la voluntad, rompen las barreras de la razón y no dejan á la inteligencia sino una menor potencia de reflexión. Las otras, al contrario, provocan el razonamiento y los cálculos, y dejan al hombre la plenitud del libre albedrío. En las primeras debemos reconocer una causa de disminución de la imputación, pues aquel que bajo la impresión de una perturbación súbita se deja llevar al mal, merece ser excusado. Respecto á las otras pasiones sucede de distinto modo: el hombre que razona y calcula está sometido á la obligación completa de recordar las prohibiciones de la ley y de reflexionar en las consecuencias de sus actos. En unas y otras la *ocasión* puede ser la misma, pero ellas difieren en cuanto á la manera como obran sobre el alma. (1)

---

(1) En las materias penales, los principios generales se coordinan y se unen unos á otros por un lazo indisoluble. Hemos visto, á propósito de la investigación de la cantidad de los delitos, la diferencia que hay entre las tres escuelas criminales que se llaman *política*, *ascética* y *jurídica*.



La escuela *política* considera el delito como un *mal social* que la autoridad debe impedir, y ve en la necesidad de impedir este mal una razón suficiente de la legitimidad de castigar. Toda la justicia reside en la necesidad de la *prevención*. Este es el principio utilitario en su pureza, la máxima de que el fin justifica los medios: con tres siglos de intervalo, Maquiavelo y Béntham se dan la mano. Toda la economía de la penalidad consiste en una dinámica, en un conflicto de impulsiones y de repulsiones.— Reconociéndose como suprema razón de la pena la necesidad de una fuerza repulsiva, esta fuerza debe proporcionarse al criterio de la fuerza impulsiva. Según este orden de ideas, cuando la impulsión para cometer el delito proviene de una pasión muy violenta ó de la embriaguez, la fuerza impulsiva se encuentra en una proporción más grande y más enérgica. La lógica del sistema conduce, pues, á aconsejar el empleo de una fuerza represiva proporcionalmente mayor y más enérgica. La fuerza de la pasión embellece las apariencias del bien que se espera reportar del delito, da valor para salvar las dificultades y hace olvidar el peligro de la pena; si la impulsión más fuerte aumenta la cantidad del delito, es contradictorio y perfectamente absurdo en lógica que la condición misma que aumenta la cantidad, degrade el delito y disminuya la imputación. Es necesario, ó abandonar el sistema y someterse á uno de los que se le oponen, ó bien, con la doctrina de la impulsión, venir á parar á la negación de toda excusa derivada de las pasiones y de la embriaguez.

Para la escuela *ascética*, la razón de castigar se encuentra por completo en el mundo suprasensible. Si el delito debe atraer una pena, es porque constituye la violación de un deber ó, en otros términos, porque es un hecho intrínsecamente malo. En esta doctrina la moralidad interna del acto y la violación del deber moral figuran en el número de los criterios según los cuales se debe medir la cantidad de los delitos. Todo mal moral accesorio á la violación del precepto civil es un aumento que debe conducir á elevar la imputación. Si en este orden de ideas se toman en cuenta la embriaguez y el arrebato de la cólera, no se puede omitir la consideración moral de que la cólera y la embriaguez son vicios reprochables al hombre. Ahora bien, la lógica del sistema conduce forzosamente á la conclusión de que, dada la misma violación del precepto civil, aquel que lo ha violado en la embriaguez ó en la cólera es también responsable por haber montado en cólera ó por haberse embriagado. Estos dos desórdenes, que representan la violación ulterior de un deber moral, son adminículos que se unen al criterio ordinario del delito, y que lo aumentan en vez de disminuirlo; y es contradictorio que un adminículo que aumenta la cantidad del delito al aumentar la violación de los deberes,sea considerado como una degradación del delito. La teoría del grado destruiría también, en esta segunda escuela, la teoría de la cantidad, y viceversa.

La escuela *jurídica* considera el delito como una negación del derecho, que impone al delincuente la obligación de confirmarlo, sufriendo una pena. El moderador supremo de la vida social no es ni la utilidad ni el bien suprasensible, sino únicamente el derecho. La ley jurídica debe tener una sanción presente y eficaz, para que sea una ley y no un consejo. La soberanía del derecho hace legítima la defensa por medio de una sanción, y por consiguiente el derecho violado y su importancia son los criterios para la medida del delito. No se va á buscar una dinámica artificial entre la fuerza im-

pulsiva y la fuerza repulsiva, ni una dinámica ideal entre el mal sensible y el mal suprasensible: se busca solamente la dinámica de los derechos, y se despoja al delincuente de una cantidad de derechos proporcional á los que él ha atacado y que se desea proteger en la misma medida. Para nosotros el delito no es un sér puramente *material*, ni un sér puramente *ideal*, sino un sér *jurídico;* y á causa de esta definición fundamental del delito nuestra escuela toma el nombre de escuela *ontológica*. Ella funda la definición del delito únicamente sobre los criterios de la ley jurídica y considerando desde este punto de vista ese sér ideal encuentra según la regla de sus relaciones jurídicas las razones de la calidad y de la cantidad. Pero como el derecho no está en condiciones de relación sino respecto á un sér moralmente libre, la violación del derecho no puede ser absoluta y alcanzar su estado normal sino está completa tanto en sus fuerzas materiales como en sus fuerzas morales, que son la inteligencia y la voluntad del agente. Cuando la agresión de un derecho es el acto de una persona que no reune en su plenitud las condiciones de la libertad normal, hay una disminución en el sér jurídico llamado delito. Este sér así disminuido debe imputarse menos que de ordinario, y es por *justicia* y no por indulgencia ó misericordia por lo que se degrada la imputación. Se imputa menos lo que es menor. Ahora bien, es necesario tener por indudable el fenómeno psicológico de que el hombre, bajo la presión de una pasión violenta, tiene menos libertad en su determinación. Es, pues, una necesidad lógica de este sistema la de imputar menos los delitos cometidos en la turbación de la cólera ó en los vértigos de la embriaguez, aunque la cólera y la embriaguez aumenten actualmente la impulsión para la determinación, y aunque ambas sean con razón consideradas como viciosas. En efecto, no gozando el agente de plena libertad moral, el sér jurídico presenta una disminución en las formas subjetivas que lo constituyen, y la justicia exige que se impute menos siempre que la determinación de atacar el derecho ha sido menos clara ó menos libre. Al suponer que en todo sér las condiciones *ontológicas* expresan solamente la parte material, se comete una equivocación. Todo sér tiene, según su naturaleza, condiciones *ontológicas* particulares, y ellas pueden ser en un todo espirituales como en Dios, ó completamente materiales como en un cuerpo bruto, ó mixtas como en el hombre y en los actos humanos. El delito no es un sér *material*, sino un sér *jurídico:* este carácter esencial no debe perderse nunca de vista. Así, pues, las condiciones ontológicas del delito comprenden: 1º El derecho atacado, que constituye su *objetividad;* 2º El acto material agresivo, que constituye *su subjetividad física;* 3º El concurso de lo moral del agente (es decir la voluntad inteligente), que constituye la *subjetividad moral*. He aquí las condiciones ontológicas del delito.— Si falta el derecho atacado, el sér jurídico desaparece, porque carece de objeto; es por esto por lo que el pecado no es un delito. Si falta absolutamente el acto material, el sér jurídico desaparece del mismo modo, porque queda privado del *elemento físico:* por esto no son delitos las intenciones malvadas. Si falta absolutamente el elemento moral de la acción, el sér jurídico también desaparece, porque el *acto* material no puede atentar al derecho sino proviene de una voluntad inteligente; por esta razón el daño causado por los animales ó por el azar no constituye delito. Si no hay falta absoluta de estas condiciones, sino únicamente disminución de algunas de ellas, el delito subsiste, pero proporcionado á esta disminución. Si la disminución comparativa está en el derecho atacado, porque un derecho tiene me-

nos importancia que otro, el sér jurídico queda *completo*, pero ofrece una *cantidad* menor. Si, al contrario, la disminución está en la subjetividad física ó moral, el delito queda *imperfecto*, degradado en su individualidad.—Así, la escuela ontológica toma en cuenta todas las variaciones de la imputación, sin salir jamás del estudio de las condiciones intrínsecas del delito, sin perderse nunca en consideraciones extrañas al sér que examina, ni dar ningún valor á las relaciones empíricas, como la escuela política, ó á las relaciones suprasensibles, como la escuela ascética. Todo el edificio de la doctrina que nosotros profesamos descansa sobre la proposición fundamental de que el delito es un *sér jurídico.*

§ 322.

Desde luego se distinguen con facilidad las pasiones *ciegas* de las pasiones *que razonan*, si se considera la causa que las excita. Las pasiones excitadas por el aspecto de un *bien*, son siempre pasiones *que razonan.*—Las que excita el aspecto de un *mal* son pasiones *ciegas.* (1)

(1) Este criterio se remonta á los filósofos de la antigüedad. Teofastro ha dicho: *Ampliora esse crimina quæ cum voluptate, quam quæ dolore admittuntur.* Esta máxima ha sido en seguida desarrollada por Marco Aurelio: *Graviora esse quæ per cupidinem, quam quæ par iram admittuntur: etenim qui irascitur, cum dolore quodam et contractione animi a rationis tramite declinare videtur; qui vero per cupidinem delinquit, quia voluptate vincitur intemperantior quodammodo et in pecando effeminatior videtur.* Aunque la doctrina del grado y de la degradación no estuviera bien desarrollada en derecho, Filón ha presentido que el impulso de la pasión debe producir una disminución en el delito: *Dimidiatum videri facinus cui non accesit longa deliberatio.*

§ 323.

Por consiguiente, este último carácter no se encuentra más que en la *cólera* y en el *temor.* La cólera es excitada por el aspecto de un mal *sufrido;* el *temor*, por el aspecto de un mal que uno está expuesto *á sufrir.*

§ 324.

El temor y la cólera serán, pues, las únicas pasio-

nes á las cuales podrá conceder el derecho penal la eficacia de disminuir la imputación. El temor debe tener más eficacia que la cólera, porque no es vicioso, y la voluntad tiene menos poder sobre él. El temor y la cólera, cuando concurren á la vez, la tienen en más alto grado.

§ 325.

En el lenguaje de la práctica, la cólera excitada por un mal causado á nuestra persona constituye la excusa que se llama *provocación*. La cólera excitada por una ofensa á la propiedad ó á personas que nos son queridas, constituye lo que se llama la excusa del *justo resentimiento (giusto dolore)*.

§ 326.

Toda la fuerza excusante de estas pasiones consiste en la *vehemencia* y en la *rapidez* de la acción que ejercen sobre la voluntad. El hombre es responsable de sus determinaciones porque su voluntad está dotada de la razón. Pero la acción de la razón humana es *fría* y *lenta*. Todo lo que impulsa á obrar con precipitación quita la *calma* y el *tiempo* necesarios para reflexionar maduramente, y priva momentáneamente á la voluntad del arma que la defiende. Estas condiciones, que no dejan á la determinación criminal sino una menor fuerza de maldad, dan á la pasión una eficacia excusante. De ahí la consecuencia lógica de que para que la pasión constituya una excusa, debe tener precisamente por caracteres la *violencia* y la *instantaneidad*.

§ 327.

Por consiguiente, se debe distinguir de la cólera, el

odio que puede venir en seguida, pero que es una fase particular de ella. Esta pasión (cuando no es el resultado de la envidia) tiene por causa un mal *pasado* que en un principio ha producido la cólera; ésta se cambia luego en odio, pasando de la vehemencia al cálculo.—El odio no procede tanto del resentimiento del mal sufrido como del placer corruptor que produce la venganza ó la opresión de otro, presentándolas como un bien á los deseos del alma.

§ 328.

Del mismo modo, el *temor* no puede tomar el carácter de pasión ciega cuando se refiere á un mal *lejano*. Lo que está lejano, sea en el pasado, sea en el porvenir, del momento de la determinación, no puede ejercer sobre ella una impulsión que paralice las funciones de la razón y encadene la voluntad.

§ 329.

El amor, la amistad, los celos y otras pasiones no tienen criterio *especial:* pueden excusar, no por sí mismas, sino en tanto que son causa de cólera ó de temor, tomando la forma del *justo resentimiento.* (1)

(1) Crell, *De privilegio doloris; in ejus Dissert.* fascic. XII, página 2051.

§ 330.

La mayor ó menor *gravedad* del mal sufrido ó temido que ha excitado la pasión, la *justicia* mayor ó menor de la causa que la ha despertado, el *intervalo* más ó menos considerable ó los obstáculos intervenidos entre esta excitación y la acción, son las reglas según las cuales se mide la degradante del impulso de las pasiones.

§ 331.

Pero cuando la pasión, aunque excitada por el aspecto de un mal sufrido ó por sufrir, no tiene los dos caracteres de *imprevista* y *justa* (al menos en apariencia, (1))no se le puede atribuir ninguna eficacia *excusante*.— Ella podrá á veces hacer descender el dolo al segundo ó al tercer grado, pero jamás degradarlo hasta el cuarto.

---

(1) Digo *al menos en apariencia:* esta fórmula es fecunda en resultados prácticos de la más alta importancia. Es principio constante que no se puede hacer al hombre responsable de los errores de la inteligencia, salvo (en términos convenientes) en razón de una *culpa*. Pero cuando el error ha producido en el hombre la convicción de que no cometía un delito, ó de que cometía un delito menor, es necesario juzgar el dolo de este hombre según el estado de su inteligencia, y no según la verdad de las cosas, que ha ignorado en el momento de la acción. Esto conduce á la regla de que, sea por la violencia, sea por la provocación ó el justo resentimiento, se debe buscar la *justicia* de la cólera ó del temor, no en la verdad de las cosas tal como ha sido presentada á las frías investigaciones del juez, sino en la *opinión racional del culpable*. Si, por ejemplo, alguno ha azotado á un hombre que ha encontrado durante la noche en su casa, creyendo que era un galán de su mujer, mientras que era el amante de la criada, *in rei veritate* su irritación, su cólera han sido injustas; sin embargo, no sería equitativo rehusarles la excusa, cuando ha habido una *causa racional de engañarse* en su creencia. No debe olvidarse jamás que el error *esencial* puede ser *absoluto* ó *relativo* (§ 261), y que cuando es *relativo* debe producir en el sentido *relativo* los efectos que produce en el sentido *absoluto* cuando es *absoluto*. Se ha juzgado recientemente entre nosotros, en materia de provocación, que se debe admitir esta causa de excusa aunque la persona provocada no haya matado al provocador mismo, sino que haya matado ó herido á otra persona á consecuencia de un error. Así lo ha decidido la Corte de Casación de Palermo, por sentencia de 10 de agosto de 1865, en los términos del art. 562 del código sardo. La Corte ha argumentado además respecto al art. 535, que castiga el homicidio como premeditado aunque se haya matado por error á una persona distinta de aquella que se quería matar; ha decidido que si el error no modifica la fuerza moral subjetiva del delito con relación á lo que la hace más grave, no debe tampoco modificarla con relación á lo que disminuye la imputación.

3º EMBRIAGUEZ.

§ 332.

La embriaguez se presenta en dos aspectos diferen-

tes, según que la consideremos en sus causas ó en sus efectos, y según que examinemos en éstos sus relaciones *fisiológicas* ó sus relaciones *psicológicas*.

§ 333.

Su acción se ejerce en un principio sobre los órganos corporales y ofrece resultados puramente materiales. Pero pronto comienza á obrar sobre la voluntad, cuyas deliberaciones precipita, volviéndola menos libre. Finalmente, ella obra sobre la inteligencia y á veces de modo que suprime momentáneamente todas las facultades.

§ 334.

De ahí provienen las diversas maneras de ver de los criminalistas (1) en la apreciación de esta situación anormal del hombre, en su valuación como causa degradante de la imputación, y en la elección del lugar que le corresponde en el orden de las materias. Pero como el último grado de la acción de la embriaguez sobre la inteligencia es raro y excepcional, y su influencia sobre la facultad de querer es constante, con razón ha sido colocado entre las causas que modifican la voluntad del agente.

(1) Las escuelas inglesa y francesa han sido casi hasta nuestros días absolutamente opuestas á considerar la embriaguez como una excusa. Blakstone ha agotado todos los argumentos para rechazar su admisión. En Francia, una ordenanza de Francisco I, de 31 de agosto de 1536, citada por Jousse (*Justice criminelle*, II, pag. 618), exigía que se aplicara la pena ordinaria y además un aumento de pena para la embriaguez. Estas tradiciones hicieron que en ese país se conservara la aversión hacia esta especie de excusa; y mucho fué que Muyart de Vouglans (*Lois criminelles*, lib. I, tit. 3, cap. II. § 4) admitiera la distinción entre la *embriaguez* y la *borrachera*, distinción que se remonta á Cicerón, que fué aplicada por Barthole y que erradamente se atribuye á Anthonius Matthœus. En Alemania ha prevalecido la opinión favorable á la excusa (Lauterbach, *Disput.* 139, thes. 7, nº

7) como resulta de la disertación de Mittermaier sobre la imputabilidad del hombre en estado de embriaguez. Lo mismo en la práctica española: Caldero, *decis*,, 43 nos. 27 á 32; y en Rusia: Giuzzetti, *Principia generalia juris Rusiæ de delictis et pœnis*, p. 17. Ha sido admitida en Bélgica, á pesar de las expresas prohibiciones de Carlos V, como lo ha demostrado Lavallée en una disertación especial reproducida en los *Archives de Droit*, vol. IV, pag. 323 y sig.; Haus ha tomado recientemente el partido de la excusa, *Observations sur le projet du code pénal*, I, pag, 210. En Italia, á pesar de la disidencia de Baldo, la doctrina de Farinaccio y de Claro ha hecho prevalecer la opinión más suave. Véase también Nicolini, *Questioni di diritto*, *quest.* 14. En la Francia moderna, Dufour en la *Themis*, y Bavoux, *Leçons de Droit Criminel*, pag. 567, la han sostenido, pero como á su pesar y haciendo distinciones recordadas por Chaveau, *Théorie du Code Pénal*, § 862. Más tarde fué aceptada de un modo más lato, siguiendo la elocuente argumentación de Rossi, por Berthauld, *Leçons de Droit Pénal*, p. 320; por Ortolán, *Eléments de Droit Pénal*, § 321, y generalmente por los autores más recientes. Véase también á Legrand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, p. 262. Hay, sin embargo, criminalistas severos que dudan todavía en considerar la embriaguez como una *excusa* y que le conceden solamente el efecto de una *circunstancia atenuante*, según el lenguaje de la jurisprudencia francesa. Lambert, (*Philosophie des cours d' assises*, cap. XXIV, p. 389) no admite que la embriaguez pueda llegar jamás al estado de completa enagenación mental; quiere que sea asimilada siempre en sus efectos á la pasión, porque según él, aunque turba la inteligencia, nunca la aniquila.—El hombre ebrio que no sabe lo que hace y que, absolutamente privado de la conciencia de sus acciones, se encuentra reducido al estado de autómata es, según Lambert, un tipo creado por la imaginación, que jamás se ha sentado en el banquillo de los acusados. Laujardière, *De l'ivresse*, pag. 149, ha refutado esta opinión; pero en el fondo, el error de Lambert no está en la simple negación de una hipótesis (lo cual después de todo, sería una confirmación de la regla, toda vez que la hipótesis, realizándose, desmintiera la negación que de ella se hace); ese error consiste en que, aun en el caso en que él tolera la indulgencia hacia el acusado, pretende encontrar en la embriaguez una atenuante de la pena, y nó una degradante de la imputación. Esta es una confusión de los principios fundamentales. Desde el momento que se admite la *plena imputación* del hombrre ebrio, es imposible hallar una razón en su favor para dulcificar la pena. Laujardiére mismo, en su refutación á Lambert, cae en esta confusión (op. cit. p. 151) cuando pone como ejemplo de la atenuación de la pena el caso de aquel que roba un pedazo de pan impulsado por la miseria y el hambre. En este caso hay disminución de imputación porque la necesidad apremiante ha hecho menos libre la determinación del agente. Ha habido una degradante en la fuerza moral subjetiva: sin esto no habría exageración en la pena. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, ha demostrado más claramente que todos los demás la admisibilidad de esta excusa. En una sabia disertación sobre la *represión de la embriaguez* (*Revue critique*, vol. XIII, pag. 515), Neyremand ha presentado el cuadro de las antiguas leyes y costumbres relativas á esta materia. En las leyes romanas se ha encontrado un argumento en favor de la eficacia *dirimente* de la embriaguez: ley 5, § 2. *Dig. ad leg. aquil;* y en favor de su eficacia *degradante:* ley 7, *Dig. ad leg. aquil.* y ley 11 *de pœnis*. Véase Van Maanem, *De jure circa ebrietatem*.

§ 335.

Los principios fundamentales sobre los cuales reposa la noción del delito exigen que se considere esa circunstancia como una excusa. Si el delito necesita esencialmente de la fuerza moral, si esta fuerza debe su existencia á la voluntad clara, si la disminución de la fuerza moral en el delito conduce en buena justicia á una disminución de imputación, siempre que haya de reconocerse que la embriaguez ha ejercido influencia sobre la voluntad debe necesaria y lógicamente acordársele una eficacia excusante, y con mayor razón si ha llegado hasta turbar la inteligencia.

§ 336.

El criminalista no puede, pues, con la severidad del moralista, considerar la embriaguez en su *causa*. No hay razón en sentar como regla absoluta que la embriaguez es viciosa en su principio, pues ella resulta de una serie de actos, cada uno de los cuales es inocente en sí mismo. Pero aunque fuera viciosa, sería sin embargo una injusticia asimilar en la imputación el delito del hombre ebrio al delito de aquel que no lo está, puesto que el delito del primero tiene incontestablemente un grado menor de fuerza moral.

§ 337.

Es singular que en este debate entre los defensores y los enemigos de la embriaguez, tanto de un lado como de otro se haya apelado á las reglas del derecho civil, á fin de sacar de ellas una inducción en uno ú otro sentido de la cuestión penal.

Para combatir el sistema de los que se obstinaban en rehusar toda escusa al delito del hombre ebrio, se ha a-

cudido á la teoría de las nulidades proclamadas por las leyes civiles. Ya Puffendorf (*De jure naturæ et gentium*, lib. 3, cap. 6, nº 5) había admitido la nulidad de los contratos del hombre ebrio, como Furgole la había admitido para los testamentos, y esta nulidad no tenía evidentemente otra base que la presunción de la falta de voluntad libre en el hombre ebrio. Sin embargo, se pretendía que era necesario distinguir entre los efectos civiles y los efectos penales de la embriaguez, y Merlin afectó admirarse de que se intentara excusar los delitos del hombre ebrio, diciendo que la embriaguez es un delito, y que era inadmisible que el delito antecedente excusara el acto malvado subsiguiente. Pero la argumentación es falsa, tanto en el principio que afirma como en la deducción que hace. Este sistema, que no admite la excusa sino cuando la embriaguez es accidental ó producida por la malicia de un tercero, trasporta el proceso del momento en que ha sido cometido el delito al momento en que ha comenzado la embriaguez, é identifica la voluntad supuesta de embriagarse con la voluntad de cometer el delito; deja, además, indeciso el caso intermedio de aquel que no se ha embriagado con la voluntad deliberada de embriagarse, y que tampoco ha sido víctima de la casualidad ni de la malicia de otro. La embriaguez, en esta hipótesis, no presenta ni un dolo ni un simple accidente: el hombre al embriagarse se ha colocado en estado de *culpa*. Admitiendo la fórmula rigurosa *non culpa vini sed culpa bibentis*, se castigaría siempre como culpable de dolo al que no se ha encontrado en estado de dolo ni en cuanto á la causa ni en cuanto al efecto.

En sentido inverso, se ha intentado trasportar sin limitación, del derecho civil al criminal, este aforismo *el que quiere la causa quiere el efecto:* Veldtman, *De delicto et pœna ebriorum*, *cap.* 2. Pero si este aforismo es absoluto en cuanto á lo que concierne á la responsabilidad civil, no lo es siempre del mismo modo en lo que toca

á los castigos y al dolo. De ese modo se pena el delito del hombre ebrio en virtud de una ficción, y se trastorna toda la teoría de los delitos *culpables (colposos)* en los cuales la causa es siempre querida, aun cuando los efectos no hayan sido ni queridos ni previstos. En su tratado de las nulidades, Solón ha tratado la tesis de la diferencia del derecho criminal y del derecho civil, fundándose subsidiariamente en la consideración empírica del peligro que presenta la admisión de tal excusa, que él llama una cómoda patente de impunidad; pero ese es el antiguo argumento de Blackstone, reproducido más claramente tal vez, quien admite que se pueda castigar sin que haya dolo, y quiere hacer á la justicia esclava de la utilidad social.

Puesto que las objeciones por medio de las cuales se quisiera rechazar el argumento deducido del derecho civil, no tienen valor alguno, queda en todo su absurdo la idea de mirar como apto para ligarse criminalmente á quien no es apto para ligarse civilmente. (1) Agreguemos que la costumbre de embriagarse causa siempre una alteración del cerebro, una degradación de la inteligencia, y que puede llegar hasta conducir al desgraciado que está sujeto á este vicio, á un estado permanente é incurable de demencia. Cuando se reconoce así al hombre en estado de demencia, se le declara, en razón de esta enfermedad, irresponsable de sus actos, aunque todos los médicos que lo examinen vean en la embriaguez la causa vergonzosa de su enagenación mental.— Persistiendo en no admitir como excusa el delirio pasajero causado por la embriaguez, se llega pues á la consecuencia de que se toma en consideración la enagenación mental producida por el vino en aquel que se ha embriagado por una costumbre perseverante é inveterada, y que no se toma en cuenta en el que una sola vez ha caído en ese estado. Es necesario, pues, reconocer que los daños causados por el hombre ebrio pertenecen

á la clase de los casos fortuitos más bien que á la clase de las acciones: ellos salen del dominio de la libertad para entrar en el dominio de la naturaleza.

---

(1) Un edicto de Enrique III, de 1577, que ha entrado en las costumbres de muchos pueblos de Francia, rehusaba á los taberneros toda acción para reclamar el precio del vino que habia sido bebido en sus establecimientos. Esta disposición se fundaba sin duda sobre el principio de que se debía presumir que la demanda del vino había sido hecha en estado de embriaguez, y tendía á obligar á los taberneros á rehusar el vino á las personas ebrias. Un edicto de Leopoldo de Lorena, de 28 de mayo de 1723, extendió la nulidad á todos los contratos hechos en la taberna á favor del tabernero, aun por compra de efectos. La costumbre de Bretaña fué más lejos todavía; permitía sin distinción retractar en las 24 horas siguientes todo contrato hecho en una taberna. Tales han sido las principales consecuencias jurídicas de la embriaguez *presunta*. Además, las leyes civiles rehusaban generalmente eficacia á los contratos que se demostraba que habían sido estipulados en estado de embriaguez *verdadera*. ¿Con qué lógica, después de esto, persisten los rigoristas en sostener que aquel que no era capaz de voluntad á los ojos de la ley para contraer una deuda, ha sido capaz para jugar su libertad ó su cabeza?

§ 338.

Pero como la influencia de la embriaguez sobre la voluntad siempre es proporcional á su acción sobre el organismo corporal, el criterio de la graduación de esta excusa debe, para ser justo, deducirse de las condiciones *fisiológicas* (1) de la embriaguez. Ha sido propuesta por el profesor Puccinotti *(Lezioni 23)* y repetida por Perrone *(Medicina legale*, § 721 y sig.) una distinción muy exacta entre la embriaguez *alegre*, la embriaguez *furiosa* y la embriaguez *letárgica*.

---

(1) Que la embriaguez debe ser considerada desde el punto de vista fisiológico, es lo que enseñaban ya en su tiempo Harpprecht y Richter, *Velit. academ.*, *velit.* 40, *thes.* 16. En general, los alemanes han sido siempre inclinados á admitir la excusa derivada de la embriaguez; los franceses han sido ordinariamente contrarios á ella.

§ 339.

La embriaguez *alegre*, ó simple hilaridad, ejerce una impulsión sobre la *voluntad*, volviéndola más precipitada, más irreflexiva; como el impulso de las pasiones, puede disminuir la imputación, pero nó borrarla.

§ 340.

La embriaguez *furiosa* ejerce su acción sobre la *inteligencia*, oscureciéndola de modo que le quita temporalmente al hombre la facultad de percibir y de juzgar regularmente; como la enagenación con delirio, puede suprimir absolutamente la imputación. Imputar al que no ha tenido conciencia de sus actos, sería sujetar á la ley penal la materia sola. No podría objetarse que el hombre ha sido conducido voluntariamente á este estado pasajero de enagenación mental al embriagarse por su gusto. Si alguno ha quedado reducido, por la borrachera y los excesos, á una locura verdadera é incurable, ¿someteréis á la coacción de la ley penal los actos de este desgraciado, por la especiosa razón de que él ha sido la causa de su miserable condición? Cuando la embriaguez ha llegado al grado de que tratamos, se puede decir que es pasajera, pero es un estado de verdadera enagenación mental.

§ 341.

La embriaguez *letárgica* toma la forma de *modorra*, y paraliza la fuerzas del alma y las del cuerpo; como el sueño, debe también eximir de toda responsabilidad.— La justicia no podría tolerar la imputación de quien no es sino una especie de autómata.

§ 342.

Si la embriaguez ha sido voluntaria, ó si ha resultado de una imprudencia culpable, se pueden encontrar en ella los elementos de la *culpa*, pero no puede hacer nacer el *dolo* en el acto subsiguiente que no ha estado acompañado de voluntad inteligente. Tal es la última enseñanza de la doctrina, y son éstas las ideas que, en legislación, han inspirado el código penal de Parma (art. 62) el de Nápoles (art. 61) y el de Toscana (art. 34 y 64). El código austriaco se había adherido á ellas más explícitamente.

§ 343.

Si la embriaguez ha sido *preparada* para cometer el delito, ó como se dice, *rebuscada*, se podrá castigar al culpable por lo que ha hecho estando sano de espíritu, cuando con una previsión clara y una firme voluntad se ha hecho á *sí mismo instrumento futuro* del delito que proyectaba. La imputación del hombre se funda en este momento; lo que en seguida sucede es una *consecuencia* de su *hecho doloso;* no se imputa lo que ha hecho el hombre ebrio, sino lo que ha hecho el hombre sano de espíritu, al cual se debe atribuir el delito de que es única *causa*. El hombre sano de espíritu es el *sujeto activo principal* del delito y está en estado de plena imputabilidad. El hombre ebrio es el *sujeto activo secundario* del delito (§ 40), el instrumento material de la impulsión recibida, como aquel que obra *á su pesar*. Y no se puede objetar (como sutilmente lo han propuesto Tissot y Bertauld) que, aun en este caso, el hecho no es imputable al hombre completamente ebrio, porque el dolo ha sido *concomitante* con la *acción*. La concomitancia (1) del dolo con la acción no es una condición absoluta de la imputabilidad (2)

(1) Encuentro esta objeción refutada del mismo modo por Ortolán, § 324, y por Bernard, *Revue critique*, vol. XX, p. 464. La tesis de Tissot que niega la imputabilidad del delito cometido en la. embriaguez completa, aun cuando haya sido combinada en previsión del delito, ha sido también sostenida por Rœsch, *De l'abus des boissons*. Laujardière, *(De l' ivresse*, p. 180) la ha refutado, pero por una razón diferente: la continuación de la impulsión de la voluntad hasta en el estado de embriaguez. Esto es lo que se puede llamar una razón de medicina legal, y son los principios de esta ciencia los que permiten ó nó admitir esa razón, esto es, decidir si la hipótesis de cierta continuación del acto volitivo formado en el estado normal del espíritu, puede coexistir con la hipótesis de una embriaguez completa. A nosotros nos basta con la razón jurídica de que no es necesario que el dolo sea concomitante con el acto de la consumación. El único caso en que se puede dudar de la imputabilidad completa, es en el de la *dipsomanía*. Este estado morboso á que conduce el abuso prolongado de las bebidas alcohólicas, es incontestable. Los médicos lo colocan entre los estados de enajenación mental permanente. Cuando un hombre que ha llegado á ese miserable estado premedita un delito y se embriaga en seguida completamente para ejecutarlo mejor, se ha sostenido que es irresponsable. Como se ve, este caso particular no contradice nuestra regla que consiste en contentarse con que exista la inteligencia en el momento de la determinación, aunque en el momento de la acción haya desaparecido. En el caso especial propuesto se supone que la inteligencia no existe en el momento de la determinación tampoco. Entonces la cuestión no es verdaderamente particular, toma un carácter general que se aplica á todos los actos ejecutados por el hombre que sufre esta especie de enfermedad. La cuestión depende de la determinación de los efectos morales de la *dipsomanía:* si ella quita en efecto toda conciencia, no hay imputación; si se limita á producir una necesidad irresistible de embriagarse, ofrecerá una degradante para los otros delitos, y una dirimente sólo para la embriaguez, según la teoría de la enajenación parcial, que nos parece la más aceptable.

(2) A la teoría del grado con relación á la voluntad, los criminalistas unen la cuestión de la *costumbre*, que ellos han tomado de los moralistas, y sobre la cual se puede ver á Carmignani, *Elementa*, § 218. También se coloca en este lugar la cuestión de la excusa derivada de la *fácil ocasión* de cometer el delito, perfectamente tratada por Puttmann, *Diss. an et quando occasio delinquendi delictum minuat.*

§ 344.

Resumiendo esta teoría, diré que la embriaguez puede ser considerada en su intensidad y en su causa.—Desde el punto de vista de la intensidad es dividida por la medicina legal en embriaguez *alegre*, *furiosa* y *letárgica*, y por los jurisconsultos en embriaguez *completa* ó *plena*, y embriaguez *incompleta* ó *semiplena*, según que

haya ó nó dejado cierto grado de inteligencia, y por tanto, cierta posibilidad de conciencia. Desde el punto de vista de la causa, presenta diferentes casos: 1º la embriaguez *accidental*, cuando la persona se ha encontrado embriagada sin haber bebido con exceso, sea á consecuencia de una disposición morbosa, sea porque se haya maliciosamente adulterado el licor; 2º La embriaguez *culpable*, cuando uno ha bebido con exceso hasta embriagarse, pero sin prever que habría de llegar á ese estado; 3º. la embriaguez *voluntaria*, cuando uno se ha puesto á beber con la intención decidida de ponerse en estado de embriaguez, pero sin prever que cometería un delito; 4º la embriaguez *rebuscada* (ó, en otros términos, la embriaguez *preparada*, *premeditada*) es aquella en que el culpable se halla después de haber premeditado un delito, á fin de darse más valor para cometerlo ó de ahogar las dudas de la conciencia, ó de procurarse una excusa. La embriaguez rebuscada, cualquiera que sea su grado, no es jamás una excusa. La embriaguez culpable y la voluntaria, cuando son completas, suprimen toda imputación en cuanto al *dolo*, pero la dejan subsistir en cuanto á la *culpa;* y cuando son incompletas, no producen más que una degradación. La embriaguez accidental no puede dar lugar jamás á la *culpa:* si es completa, destruye toda imputación; si es incompleta, como queda al agente cierta inteligencia actual, se mantiene la imputación del acto como doloso, salvo la degradación del dolo, como en la embriaguez incompleta *culpable* ó *voluntaria*.

CAPÍTULO IX.

Del grado en la fuerza física del delito.

§ 345.

Todo delito supone una acción *externa*. Las acciones externas se componen de diversos *momentos físicos*, así como las acciones *internas* de diversos *momentos morales*. (1)

(1) Para más detalles sobre la teoría de la *tentativa* y de la *complicidad*, se pueden ver las lecciones que he publicado sobre este asunto. *(Opuscoli*, vol. I, *opusc.* 9*)*

§ 346.

Estos momentos físicos pueden ser incompletos *subjetiva* y *objetivamente* á la vez, porque alguno de ellos haya hecho falta, y por tanto el culpable no haya obtenido el resultado que deseaba. Puede suceder también que sean completos *subjetivamente*, pero incompletos *objetivamente* porque, aunque el agente haya agotado todos los momentos físicos de la acción, el derecho que atacaba no ha sido sin embargo violado.

§ 347.

En tal caso, el delito presenta una *degradación* en la *fuerza física;* en efecto, ó bien la *acción* misma no es perfecta, ó bien, si la acción es perfecta, la *ofensa á la ley* no lo es. En estos dos casos hay un delito *imperfecto.*

§ 348.

Cuando los momentos físicos de la acción son completos, tanto *objetiva* como *subjetivamente*, la degrada-

ción de la fuerza física del delito puede todavía tener lugar, no en razón de una *imperfección*, sino en razón de la *división*. Esto sucede cuando varias personas han tenido parte en el delito, sin que los *momentos físicos* de éste puedan, ya *en parte*, ya *en el todo*, ser atribuidos á *todas* aquellas personas. En este caso se presenta la noción de la *complicidad*.

Artículo Primero.

Del delito imperfecto.

§ 349.

El delito es *perfecto* cuando la violación del derecho protegido por la ley penal se ha consumado. Es *imperfecto* (1) cuando esta violación no ha tenido lugar, aunque el culpable haya ejecutado, con voluntad dirigida hacia ese fin, actos externos capaces de producirla.

(1) Los antiguos escritores, por ejemplo Kemmerick, tenían una idea más extensa del delito *imperfecto*. Decían que el delito puede ser *imperfecto* tanto *ratione procæresis* como *ratione executionis*, y llamaban imperfecto en el elemento intencional el delito del niño, del hombre ebrio, del hombre colérico, y aun la *culpa*. Hoy se prefiere limitar la *imperfección* del delito á lo que concierne á sus elementos materiales. Para el que considerara el delito como un *sér jurídico*, la locución antigua sería tal vez más exacta. En efecto, es muy natural que á la intención *imperfecta* corresponda un delito *imperfecto*. Estando hoy la fórmula *delito imperfecto* restringida á la designación de la imperfección en la fuerza física, debe notarse que esta imperfección resulta de la falta del *momento que opera la consumación*, sea que falte en su *subjetividad* porque no haya sido ejecutado ó lo haya sido de un modo insuficiente, sea que falte solamente en su *objetividad* porque, aunque se haya ejecutado suficientemente el acto que debe consumar el delito, sin embargo un accidente ha impedido el resultado querido. Si hay falta de alguno de los momentos físicos esenciales al delito, y á pesar de esto el resultado que se quería ha sido obtenido, no se dice ya que el delito es *imperfecto;* se vuelve impropio ó cambia de título, pero es perfecto. Así, el asesinato que se impute á alguno es siempre perfecto cuando la muerte ha tenido lugar; pero si la defensa prueba que ha faltado alguno de los momentos físicos que constituyen la alevosía, el título de asesinato se cambia por

el de simple homicidio. Del mismo modo el robo, que queda consumado y perfecto por la apropiación de una cosa mueble perteneciente á otro, no se hace imperfecto cuando se prueba que ha faltado la *contrectatio invito domino* porque la cosa que había sido indebidamente apropiada hubiera sido recobrada por el propietario mismo: el delito permanece siempre perfecto, pero se vuelve impropio, y del título de robo pasa al de abuso de confianza. Una laguna en los momentos físicos que preceden al acto de la consumación no hace, pues, imperfecto el delito sino cuando el acontecimiento ha faltado á causa de esta laguna que ha impedido el acto de consumación ó que lo ha vuelto ineficaz.

§ 350.

Un delito puede considerarse *imperfecto*, ya cuando la *acción* ha quedado *imperfecta* porque la serie de sus momentos físicos ha sido interrumpida ó *insuficientemente* ejecutada, ó ya cuando á pesar de ser *perfecta la acción* en la suma de los momentos necesarios para alcanzar el fin culpable, y estos momentos suficientes en sí mismos para tal objeto, el agente no ha obtenido sin embargo el efecto que buscaba, á causa de un impedimento producido por un feliz accidente. En el primer caso, hay *tentativa;* en el segundo, puede haber, en ciertas condiciones, un *delito frustado* (A).

§ 351.

Si la consumación (1) consiste *en que el acto haya alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado*, es manifiesto que la idea de la consumación no es *absoluta*, sino puramente *relativa;* de donde se deduce que un acontecimiento que, con relación á un título de delito, constituye una *consumación*, no

(A) Aun cuando para traducir exactamente debiéramos haber dicho *delito faltado (mancato)*, hemos preferido sin embargo emplear el término *frustrado*, en razón de ser el usual entre los criminalistas españoles, y principalmente porque, hecha esta traducción en especial para los estudiantes costarricenses, hemos querido adoptar la misma denominación que nuestras leyes penales usan.

es más que una *tentativa* con relación á otro *título* de delito. La herida es consumación en el título de heridas, pero puede ser tentativa en el título de homicidio; la rotura de una puerta es consumación en el título de daño, pero puede ser tentativa de robo; el abandono de un niño es consumación del delito de exposición de niño, pero puede ser tentativa de infanticidio; privar á una mujer de su libertad es consumar el delito de rapto, pero ésto podría constituir un momento de la tentativa de violación; y del mismo modo en otros casos.

(1) Es un progreso de la ciencia moderna el preparar las definiciones de la *tentativa* y del *delito frustrado*, dando antes la de la *consumación*. Véanse las observaciones, de una claridad perfecta, que bajo el modesto título de *Nozioni etemenajri di diritto penale*, publica en el *Giornale delle leggi*, de Génova, (nos. 30 y sig.), uno de los más eminentes criminalistas toscanos. Sería de desearse, para mayor ventaja de las ciencias y de la práctica, que estas preciosas páginas fuesen reunidas y publicadas en un libro. (Esta publicación ha tenido lugar en 1871: *Nozioni......*por Baldassare Paoli, consejero en la Corte de Casación de Florencia; en 8º, Génova).

§ 352.

Los delitos *imperfectos* no pueden, pues, por su naturaleza, presentar el elemento del daño *inmediato* que debiera pertenecer á cada uno de ellos, sino solamente un daño inmediato inferior ó nulo. Esto no impide que sean socialmente imputables, pues además de que el *daño mediato* resulta de ellos evidentemente, el *peligro corrido* por la sociedad ó por el ciudadano atacado (1), toma el lugar del *daño inmediato*. Se dice *peligro corrido* para distinguirlo de un *peligro de pura previsión*, que no da una razón legítima de imputación.

(1) Mittermaier, Lelièvre y Wintgens han sostenido que, siendo la tentativa un principio de ejecución de un acto *prohibido* por la ley, los magistrados pueden castigar la tentativa de un delito, aunque la ley no haya dictado una prohibición especial y señalado una pena especial: la parte de un todo prohibido y castigado es también prohibida y castigada. Se en-

cuentra en Jonge, *De delictis*, II, pag. 280, la refutación de esta peligrosa doctrina. Los códigos modernos han suprimido esta dificultad, especificando por medio de una disposición *general* los casos en que ha de ser castigada la tentativa; lo cual, en cierto modo, ha confirmado la opinión científica de que si la ley hubiera guardado silencio, la tentativa no habría sido punible. La antigua práctica salía del apuro por medio de la teoría de la *impropiedad* y de la pena *extraordinaria*.

§ 353.

Pero si la razón de imputar el delito *imperfecto* consiste en el *peligro*, que hace las veces del *daño*, como ante la ley humana la consideración externa prevalece sobre la consideración interna, jamás se podrá imputar un delito *imperfecto* como un delito perfecto, precisamente porque un *peligro corrido*, por más grave que sea, no es nunca equivalente á un *daño sufrido*.

§ 354.

A ese motivo principal viene á unirse la consideración de que, en el delito *imperfecto*, el daño *mediato* es siempre proporcionalmente menor, tanto con relación á la alarma de los buenos como con relación á la excitación de los malvados. Hay además un interés social: en efecto, si se agotara respecto al delito imperfecto toda la imputación que se debiera aplicar al delito perfecto, se dejarían forzosamente sin imputación los actos que el culpable hubiera continuado ó repetido para conducir á su perfección el delito que ha quedado sin efecto. Sin embargo, ha habido, sobre todo en Francia, calurosos partidarios de la doctrina de la asimilación.— Pero es necesario observar que en este caso se presenta el fenómeno ordinario de la severidad en la indulgencia y de la indulgencia en el rigor. Los que opinan por la asimilación en la tentativa restringen la noción de ésta; al contrario, los que profesan la doctrina mas común de la imputación decreciente, extienden la noción de la ten-

tativa punible aun á casos en que los primeros pronuncian la impunidad. Este fenómeno (1) es constante en toda la historia del derecho penal: así lo exige la naturaleza de las cosas.

---

(1) Se encuentra una nueva prueba de esto en el sabio escrito de Lacointa *(Revue critique*, tomo XXIII, p. 454), que tiene principalmente por objeto refutar mi opúsculo sobre la tentativa. Este autor me reprocha, de un lado una indulgencia excesiva cuando sostengo la diferencia de imputación, y de otro una excesiva severidad cuando hallo punible la complicidad en muchas hipótesis que, según él, deberían escapar á toda imputación. No es este el lugar de responder á ese escrito, que encuentra, además, una respuesta anticipada en lo que ya he publicado sobre este asunto. Quiero solamente hacer observar que no es exacto decir que el código prusiano de 1851 ha seguido la doctrina de la asimilación. Si este código asimila la tentativa á la consumación en los delitos que castiga con una pena determinada relativamente (por ejemplo, de 5 á 10 años), deja al menos al juez la facultad de aplicar el mínimum á los hechos tentados y el máximum á los consumados. Pero para los casos en que señala una pena absoluta (como los trabajos forzados perpetuos ó la muerte) ha decidido expresamente que la tentativa hace descender la pena en un grado. Así, pues, el código prusiano ha aceptado el principio que reconoce en la tentativa una gravedad menor. Y además, ¿cómo puede afirmarse que el delito tentado da un mal ejemplo tan considerable como el consumado? Cómo ver un mal ejemplo, un aliento para el mal, en una operación que fracasa y que además sujeta á su autor á una pena severa? Llevando la cuestión al terreno del mal ejemplo debe cualquiera, al contrario, llegar fácilmente á adoptar nuestra opinión, tanto por la razón que acabamos de dar, como porque, produciendo la asimilación la consecuencia necesaria de dejar impunes muchas tentativas que nosotros castigaríamos, esta impunidad produce precisamente el efecto de incitar á las malvados. Éstos, no conociendo las diferencias jurídicas entre la tentativa más próxima y la más lejana, cuando ven que quedan impunes gentes que han cometido una tentativa, deducen el dilema siguiente: ó no alcanzaré buen éxito y no seré inquietado, ó lo alcanzaré y entonces habré satisfecho mi pasión. En nuestro sistema, al contrario, el que tenga malos designios ve ante sí este tercer término: la falta de buen suceso y el castigo que le espera á cada paso que dé en el camino del crimen.

§ 355.

La divergencia entre la antigua escuela italiana y la antigua escuela francesa sobre la grave cuestión de la asimilación del delito tentado al delito consumado, ha tenido tal vez por causa la interpretación diferente que los

jurisconsultos de los dos países daban á las leyes romanas. Pero esta divergencia entre las dos escuelas modernas se remonta hoy á principios más elevados. Si hay división, no es simplemente porque se ha olvidado la distinción entre el grado y la cantidad del delito; la divergencia consiste en el fundamento mismo de la noción del delito. La escuela que prevalece en Francia castiga en el delito la *intención malvada*, con tal que se haya *manifestado* por actos externos y que se muestre bastante perseverante para durar hasta el principio de ejecución. En esta concepción no se castiga el *hecho*, éste no sirve sino *para revelar* la intención culpable, que es lo que se quiere penar. Algunos jurisconsultos refieren esta idea á cierta interpretación del derecho romano, según la cual se pretende que los romanos mismos castigaban en el delito el *dolo* y nó la *acción;* lo cual, aunque esté demostrado por los monumentos de algunas de las escuelas romanas, no sería tal vez cierto con relación á todas. Si se debe castigar en el delito la intención malvada desde que esté comprobada por un comienzo de ejecución, se deduce de ahí que es indiferente á la esencia del delito que el resultado haya ó no haya sido obtenido. Éste no es más que un *accidente*, una *circunstancia* del delito, pero el delito está completo; y queda solamente por debatir si, en vista de tal accidente, se debe ó nó atenuar la pena. Al contrario, la escuela que domina en Italia castiga en el delito un *hecho* acompañado de una intención culpable; de donde se deduce que el acto *material* toma el carácter de *elemento* del delito. Por consiguiente, el delito se compone de dos *fuerzas* esenciales, de dos elementos. Y puesto que el delito. considerado desde el punto de vista ontológico, no está *completo* sino cuando estas dos fuerzas han recorrido enteramente su círculo respectivo, resulta que el efecto que ha faltado tiene por consecuencia un sér jurídico menor que el crimen seguido de efecto, que es lo que sucede siempre que hay dis-

minución en la intención. De ese modo, si imputamos menos la tentativa, no es en virtud de una atenuación indulgente, sino porque encontramos una *disminución* en la consumación, y es natural que una laguna en las condiciones de un sér produzca una *disminución* en su valor. Por tanto, consistiendo la divergencia en la noción primera del sér jurídico llamado delito, es claro que jamás podremos llegar á entendernos.

I.

DE LA TENTATIVA.

§ 356.

En mi concepto, la *tentativa* (ó atentado) debe definirse: *todo acto externo conducente unívocamente por su naturaleza y dirigido por la voluntad explícita del agente hacia un resultado criminal, pero no seguido de este resultado ni de la lesión de un derecho superior ó equivalente al que se quería violar.*

El análisis de esta definición nos dará á conocer cuándo hay *tentativa* (1) y cuándo no hay sino apariencias de tentativa.

---

(1) Véase Passerino, *De occidente unum pro alio*, disp. 4, cap. 2, p. 225. —Luder Mencken, *De impunitate conatus in delictis.*—Bommel, *De cogitatione et conatu in pœnalibus*, Leyden, 1776.—Wibenga, *De puniendo delinquendi conatu*, Groningæ, 1828.—Jordan, *De conatu delinquendi.*—Aster, *De puniendo conatu.*—Van der Veen, *De conatu delinquendi.*—Honius, *De pœna conatus.*—Graaff, *De pœna conatus.*—Roeting, *Quæstio juris criminalis num crimen haud idoneis opibus attentatum puniendum sit*, Vratislaviæ, 1867.—Nicolini, *Questioni di diritto*, parte 2, § 21.—Humbert, *Sur la tentative d'après le droit criminel des Romains* (*Journal de l'Académie de Toulouse*, XI, p. 407).—*Annales de l' Académie de Toulouse*, año 1865, p. 279.

§ 357.

Todo acto externo.—La tentativa debe ser un comienzo de *ejecución* del delito; pero la ejecución del delito no puede tampoco comenzar sin un *acto externo* de la clase de los que, según la *naturaleza del acto,* representan un momento físico de la *acción* criminal. Los deseos, los pensamientos, las resoluciones, aun reveladas sea confidencialmente, sea por vía de amenaza, sea por acuerdo ó por instigación, no son *tentativas,* y no pueden serlo por esta doble razón: 1ª porque no hacen siempre *cierta* la *intención* de efectuar la acción; 2ª porque aun suponiendo esta intención, ellos no son *en sí mismos* un comienzo de *ejecución* del delito pensado, resuelto, amenazado, sugerido, ó aun convenido (1).

(1) No admito como Zúñiga (*Práctica judicial,* Madrid 1861, vol. II, p. 432, nota 1) que el *acuerdo criminal* en los delitos que no pertenecen á la clase de los delitos *sociales directos* (en los cuales el acuerdo criminal, tomando el título de *conjuración,* es por sí mismo un delito *consumado),* pueda ser considerado como una *verdadera tentativa.* Por otra parte, convengo con este autor en que el acuerdo y la instigación para cometer un delito, cuando tienden á delitos graves, deben ser imputados y reprimidos, pero como actos criminales distintos y completos en sí mismos. Pienso igualmente con él que el acuerdo y la instigación no merecen una represión especial cuando son producidos en un *súbito acceso de cólera:* principio de justicia absoluta desconocido por el código toscano que, al castigar indistintamente toda instigación para cometer un delito (artículo 54), ha asimilado la instigación dada á sangre fría y con el designio más maduro, á la instigación que se escapa en el arrebato de una cólera imprevista.

§ 358.

conducente unívocamente al delito.—El *primer carácter* que es indispensable buscar en los actos externos que querramos imputar como *tentativas,* es el de que tiendan *unívocamente* al delito. Mientras que el acto externo sea tal que pueda conducir tanto al delito como á una acción inocente, no tendremos más que un acto *preparatorio* que no puede ser imputado como tentati-

va. (1). Pero los actos externos que no constituyen una tentativa punible porque son puramente *preparatorios*, pueden serlo de una manera *absoluta* ó de una manera *contingente* ó condicional. (2) Son preparatorios absolutamente los actos á los cuales falta de todo en todo el carácter de *comienzo de ejecución*, de modo que, aun en el caso en que las confesiones del culpable presenten como cierto que estos actos tendían á un delito, sin embargo, no podemos sin injusticia castigarlos como tentativas á causa de un defecto que está en su naturaleza, cual es la ausencia de todo comienzo de *peligro actual*. Tales son la adquisición de armas ó de veneno, las investigaciones que tienden á obtener datos, el mandato, las convenciones criminales, etc. Al contrario, son preparatorios de una manera contingente ó condicional los actos que, con relación á cierto designio del agente, tendrían el carácter de *comienzo de ejecución* del delito y ofrecerían un comienzo de *peligro actual*, pero que muy á menudo deben ser considerados como puramente preparatorios á causa de la falta de *univocidad*, y quedar impunes porque no es cierto que tiendan á un *delito*. Si ésta es la única razón que hace que se les declare preparatorios, se deduce en buena lógica que cuando estos actos van acompañados de circunstancias materiales que muestran claramente que iban dirigidos hacia cierto delito, podemos sin error castigarlos como tentativas, porque se encuentra en ellos el carácter de ejecución y el peligro actual. Así, el acto de penetrar en la morada ajena, considerado aisladamente, será un acto preparatorio, pues no revela que se dirija á cierto delito: forma por sí mismo el delito de violación de domicilio, y nada más; pero si suponemos que mi enemigo mortal se introduce en mi cuarto, con un puñal en la mano, durante mi sueño; ó bien que un amante desechado entre de noche acompañado de dos malhechores en la casa de una joven; ó que ladrones de profesión, provistos de ganzúas, pinzas y reci-

pientes propios para transportar cierta clase de cosas, entran con violencia en una casa donde han de encontrar un botín que corresponda á sus recipientes; en todos estos casos el juez podrá muy bien reconocer en estas introducciones clandestinas ó violentas, los caracteres respectivos de la tentativa de homicidio, de rapto, de robo, etc.

(1) Muchos autores han dicho (Schuermans, *Précis de droit pénal*, p. 22) que en las simples *omisiones* no se puede hallar la tentativa. Pero si la omisión ó pura inacción constituye el dolo, el delito, cuando la omisión es voluntariamente dirigida hacia el fin culpable y lo alcanza, no veo razón para negar absolutamente la posibilidad de la tentativa, aunque pueda ser más difícil en la práctica comprobar su univocidad. Una mujer que acaba de dar á luz un hijo natural, lo deja en el suelo sin atarle el cordón ni alimentarlo, y persevera en este abandono hasta que el niño muere; ¿no será culpable de infanticidio doloso? Y si después de algunas horas de este culpable abandono en que perseveraba la madre, el niño ha sido socorrido á tiempo, ¿no habría entonces una tentativa?

(2) Por medio de esta fórmula expreso la idea exactísima enseñada por el profesor Tolomei, *Corso di diritto penale*, 2ª edición, p. 236, nº 398 *in fine*. El juez que aplicara la pena de la tentativa al mandato de cometer un delito, caería en un error muy grave, porque desconocería una verdad ontológica (y como tal siempre absoluta) y cometería una injusticia, un abuso de poder. El juez que castiga como tentativa de robo ó de homicidio el acto de penetrar en la vivienda de otro cuando el fin de este acto, por las circunstancias particulares que lo acompañan, es unívoco y cierto, no hace más que despejar según su conciencia una incertidumbre de hecho y proclamar la verdad ontológica que es inherente al acto que considera.

§ 359.

conducente por su naturaleza á un resultado criminal—La *idoneidad* ó aptitud para conducir al fin criminal es el segundo carácter indispensable al acto externo que debe constituir el *elemento físico* de la tentativa.

§ 360.

Los actos que no tienen esta aptitud no pueden, pues, ser imputados como delitos al autor de la preten-

dida tentativa. Si la falta de aptitud se encuentra en los primeros momentos de la acción, toda imputación como *tentativa* es imposible, porque el *peligro* ha faltado absolutamente. Si se encuentra en los actos subsiguientes, subsiste la imputación de los primeros, cuando de ella son susceptibles.

§ 361.

por su naturaleza—En la investigación de la *idoneidad* deben considerarse solamente las condiciones de los actos en que se cree encontrar la tentativa. No es, pues, necesario que su falta de aptitud sea *conocida de antemano* por el agente. Exigir eso sería un ridículo contrasentido.

§ 362.

Por lo demás, esas condiciones deben ser examinadas no solamente en sí mismas sino también en sus relaciones con el sujeto pasivo del delito. Es por esto por lo que la ineptitud, mientras que estemos dentro de los términos de la *simple tentativa*, debe ser tanto *objetiva* ó *concreta* (es decir, existir en los actos considerados con relación al fin especial hacia el cual los dirigía el agente), como *subjetiva* ó *abstracta* (ó sea, existir en los actos considerados de *una manera abstracta* (1)).

---

(1) La proposición de que en los actos *impropios* para alcanzar el fin criminal no puede hallarse una tentativa socialmente imputable, no encuentra dificultad seria en la mayor parte de los delitos. Pero hay cierto título de delito en el cual se puede decir que este punto es, en la práctica, el principal objeto de discusión: me refiero á los atentados contra el Estado. En los procesos de esta naturaleza, los acusados y sus defensores oponen casi siempre la excepción de que el atentado no reunía las condiciones necesarias para que fuera punible, precisamente por falta de idoneidad en los medios: "Estábamos en pequeño número, no teníamos armas ni dinero, no hemos tenido más que un delirio al imaginar que llevaríamos á cabo una revolución, tal vez un delirio culpable, pero que no puede ser castigado por-

que no ha sido acompañado de actos externos que tengan potencia para alcanzar el fin criminal; castigándonos, castigaríais la sola intención". Pero este sistema de defensa encuentra poco favor ante los tribunales, particularmente en ciertos países. En el Imperio de Austria ha sido siempre inútilmente intentado, y hay allí una jurisprudencia constante en sentido contrario. ¿Es el espíritu de partido ó la complacencia á la autoridad quien ha dictado esta excepción, ó más bien es verdaderamente una excepción?—Algunos han ensayado defenderla como tal, diciendo que en el crimen de Estado se asimila el atentado al delito consumado (en lugar de decir que el delito se consuma por el solo atentado): ahora bien, añaden, en los delitos de este género la tentativa no es más que un atentado de atentado, y por tanto no pueden exigirse todas las condiciones ordinarias de la tentativa.—Pero esta idea me parece errónea. Si en cierto delito el atentado equivale á la consumación, no hay razón alguna lógica ni jurídica para que deba deducirse la consecuencia de que en esta clase de delito la tentativa se realiza sin las condiciones que le son jurídicamente necesarias. Además, no es exacto decir que en estos delitos se aplica á la tentativa la pena del hecho consumado: está en su naturaleza que el delito se consume por la tentativa, pues la objetividad de estos delitos no es el derecho para el soberano de poseer la autoridad, sino el derecho que tienen todos los miembros de la sociedad á que no se ataque la autoridad constituída; su objeto no es el derecho de reinar sino el de ser respetado, de suerte que al primer acto externo de ejecución, el derecho queda completamente lesionado. Pero no se deriva de ahí que la tentativa sea punible cuando ha faltado la idoneidad á los actos en que debe fundarse. Sería mejor decir que en estos delitos la ineptitud absoluta es muy difícil de probar, pues la historia nos enseña que las más débiles chispas han producido á veces grandes incendios, cuando han encontrado en el pueblo una disposición á la revuelta; de modo que siempre hay un peligro, aun en las conspiraciones comenzadas con miserables recursos; y si la debilidad de los medios puede autorizar á decir que la tentativa era lejana cuando el ataque al Gobierno no había comenzado todavía abiertamente, no se podrá asegurar que fuera imposible obtener el resultado deseado, como se dice con certidumbre en el caso de aquel que quisiera matar con un fusil cargado sólo de pólvora, ó envenenar con sal. Por medio de este razonamiento, la teoría se coordina con los principios generales, y no hay necesidad de recurrir á una excepción arbitraria que, por estar destituída de razones jurídicas, puede fácilmente pasar por una máscara de tiranía.

§ 363.

á un resultado criminal—El delito es un sér jurídico.—Así, pues, las condiciones de los actos externos deben ser consideradas también en sus relaciones *jurídicas.*—Y por consiguiente la ineptitud puede también provenir de ciertas relaciones existentes entre los actos externos y el sujeto pasivo del delito, relaciones que han consti-

tuído un *obstáculo legal* que hace imposible desde su origen, en tal orden ó forma de actos, el nacimiento del sér jurídico llamado *delito*. La *inexistencia* del sujeto pasivo contra el cual era dirigida la acción puede en ciertos casos equivaler á la ineptitud.

§ 364.

Pero, en general, en materia de ineptitud es necesario distinguir entre el sujeto pasivo del *atentado* y el sujeto pasivo de la *consumación*. En efecto, si la ineptitud, cualquiera que sea la causa que la ha producido, existe desde el principio de la acción criminal, y por consiguiente en las relaciones de los actos con el *sujeto pasivo del atentado*, tendremos la completa inexistencia de la tentativa. Si, al contrario, la ineptitud no está más que en las relaciones con el *sujeto pasivo de la consumación*, la imputación podrá á veces desaparecer en cuanto á los últimos actos y subsistir para los primeros. Es *sujeto pasivo de la consumación* la cosa ó la persona sobre la cual debía operarse el acto de consumación del delito. Todas las otras cosas ó personas sobre las cuales, por la naturaleza del acto, debe el culpable ejercer ciertos actos como medio de llegar después á ejecutar otros actos sobre el sujeto pasivo de la consumación, son el *sujeto pasivo del atentado*. Así, por ejemplo, el que quería robar alhajas ha forzado la puerta del cuarto; la puerta es el sujeto pasivo del *atentado;* las alhajas son el sujeto pasivo de la *consumación*. Por consiguiente, si la ineptitud estaba en el instrumento con que se quería forzar la puerta, todo atentado socialmente imputable desaparece. Si los actos eran propios para esta primera operación y en efecto la puerta cedió, pero al contrario los actos combinados por el ladrón para apoderarse de las alhajas eran impropios para este fin, la imputabilidad de estos últimos actos no tendrá lugar á cau-

sa de la ineptitud (1), pero subsistirá la imputación de los primeros.

(1) Los actos *impropios* que suceden á actos *propios*, aunque no se imputen directamente, tienen sin embargo en sí mismos para la justicia cierto valor, de una naturaleza diferente, pero valor efectivo: el de *hacer unívocos* los actos propios que los preceden, los cuales por sí mismos tal vez no habrían tenido *univocidad*. Ahora bien, como el criterio de los actos *preparatorios* debe encontrarse en la falta de *univocidad*, esta observación es fecunda en resultados: hace imputables como *tentativa*, por efecto de los actos *impropios subsiguientes*, los actos *propios precedentes* que por sí mismos no habrían constituído (por ser *equívocos)* una tentativa punible. Los actos *impropios* no son, pues, *en sí mismos*, un elemento de imputación, pero revelan y completan las condiciones jurídicas de los actos *propios*. Por medio de esta observación se justifica la sentencia de la Corte de Agen de 8 de diciembre de 1849, de que hablan Blanche *(Première étude*, p. 15) y Lacointa (*Revue critique*, vol. XXIII, p. 473). *Laurent* había preparado y cargado un fusil para matar á su hijo. Éste lo había descargado intencionalmente y vuelto á poner en su lugar. A la tarde, *Laurent* toma su fusil y suelta el fiador para descargar contra su hijo; pero el fusil estaba descargado. Fué castigado como culpable de tentativa de homicidio. Cómo, exclaman, puede haber una tentativa de homicidio con un fusil descargado! Nó, la tentativa punible no consistía en el acto de soltar el fiador de una arma absolutamente impropia para dañar, consistía en el hecho precedente de haberla cargado. Este acto, aunque propio para el fin propuesto, habría sido puramente preparatorio, porque es equívoco; el acto siguiente, aunque impropio para aquel fin, ha dado al primero la univocidad y lo ha hecho punible como tentativa; la diferencia está solamente en el resultado, y es una diferencia capital: en esta hipótesis no se puede castigar la tentativa más que como lejana, y no como próxima. Soltar el fiador era un acto de tentativa próxima, porque era ejecutado contra la víctima que debía ser el *sujeto pasivo* de la consumación; pero este acto es *impropio* y, por consiguiente, no imputable *en sí mismo*. Preparar y cargar un fusil no era un acto punible mientras permaneciera equívoco; el acto siguiente, aunque impropio, le ha dado la univocidad y lo ha vuelto punible. Pero la imputación se dirige contra el primer acto y no contra el segundo. Sin embargo, ese primer acto, aunque unívoco, no puede formar más que una tentativa lejana, pues no ha sido dirigido contra el sujeto pasivo de la consumación. La cosa es evidente. Debo, por lo demás, hacer notar que cuando establezco que los actos impropios siguientes vuelven imputables los actos propios precedentes aun puramente preparatorios en sí mismos, no reconozco ese poder á las solas declaraciones verbales del culpable. La univocidad debe resultar de actos de ejecución, y no sólo de la confesión del culpable.

§ 365.

En todos estos casos falta la *tentativa*, á causa de una *laguna* en su elemento *físico*. Es decir, le falta la

fuerza física *objetiva* representada por el *peligro corrido*. Hay una *tentativa* en el sentido *vulgar*, no la hay en el sentido *jurídico;* y esto por falta de condiciones en la fuerza física subjetiva.

§ 366.

dirigido por el agente hacia este resultado—La potencia de producir la infracción de la ley que tenían los actos ejecutados no bastaría para que se pudiera hacer responsable de una tentativa al autor de estos actos, si él no ha conocido esa potencia, y si no los ha ejecutado con una *intención dirigida precisamente* hacia este fin. La esencia moral de la culpa consiste en la *falta de previsión* del resultado del acto. La esencia moral de la tentativa estriba en la *previsión* de un resultado no obtenido y en la *voluntad* de obtenerlo. Así, pues, entre la *culpa* y la *tentativa* hay contradicción en los términos. Imaginar una *tentativa de culpa*, es imaginar una monstruosidad lógica. Y, sin embargo, algunas personas han pretendido insinuar que ella es jurídicamente posible! (1)

(1) Esta opinión errónea es sostenida por Wissinger, *Diss. quæ sint diferentiæ inter facta dolosa et culposa*, pag. 88, cap. IV, sect. 2 y 4, y por Lelièvre, *De pœnarum delictis adequandarum ratione*, pag. 9 y 10. Para probar que se deben penar aun los hechos culpables que no han causado daño, y por consiguiente que se debe castigar como tentativa de homicidio por imprudencia el hecho de arrojar una piedra por la ventana, aunque á nadie haya dañado, se alega (con muchos otros argumentos falsos) la extraña razón de que *el público puede creer que este acto* imprudente aunque inofensivo *ha sido hecho con la intención de dañar, y por consiguiente, puede dudar de su seguridad!!!*

§ 367.

con una voluntad explícita—Para afirmar que ciertos actos han sido ejecutados por el agente con la mira de obtener un resultado *diferente* del que se ha realizado, no

basta estar en aptitud de probar que el efecto no alcanzado podía facilmente resultar de esos actos, y que se podía fácilmente prever, ni que el agente *ha podido prever* ó *ha previsto* vagamente este efecto; es necesario estar cierto de que él *ha querido* determinadamente producir el efecto que no ha obtenido, en lugar del que ha alcanzado. Por ejemplo, es necesario estar cierto de que quería matar y no solamente herir, cuando en realidad ha herido y nó matado. A esta *voluntad explícita*, que tiende ciertamente á un fin *determinado*, no se puede sustituir una vaga previsión, una incertidumbre en que el agente dude sobre el resultado que ha de alcanzar; en una palabra, no basta el estado de dolo *indeterminado*. Si ha dirigido sus golpes *indeterminadamente*, como á la ventura, no sabiendo si heriría ó mataría, no es responsable más que del solo resultado que ha producido; y si éste es una herida, no se le puede hacer responsable de una tentativa de homicidio, pues para que pueda aplicarse este título de delito que hace prevalecer la *intención* sobre el *resultado*, es necesario que la intención haya sido positivamente *contraria* al efecto obtenido y que lo sobrepuje.

§ 368.

De esta verdad, que reconocen todos los criminalistas y que se funda sobre la regla inquebrantable de que siempre que haya duda debe suponerse en el agente la intención menos malvada, deriva el principio de que la noción de la tentativa no debe adaptarse á los actos cometidos en el *arrebato* súbito *de las pasiones*. Se necesita que, en aquel á quien se quiere imputar una tentativa de homicidio, la intención positiva de dar la muerte resulte de circunstancias que hagan manifiesto que la idea del homicidio se ha presentado claramente á su espirítu, y que la ha preferido á la idea de las simples heridas. En el

caso del hombre colérico, la *potencia de matar* que se encuentra en los *medios* empleados no es buen criterio, á menos que estos *medios* tiendan *exclusivamente* á la muerte, ó á menos que la muerte fuese en consecuencia ordinaria y casi necesaria y que haya motivo para creer que han sido escogidos por el agente á causa de su potencia homicida. Pero estas condiciones no se avienen al uso de una arma cortante ó de una de fuego; los que se empeñan en decir "*el arma empleada era propia para matar*", y por tanto el que ha herido tenía la *intención de matar*, no hacen más que un buen silogismo. Su razonamiento es vicioso por tres razones.

1ª—Porque deduciendo de los *medios* empleados el *fin* querido, *supone un cálculo* en aquel qne no ha obrado por *cálculo*, sino á consecuencia de una perturbación súbita. Confunde así la prueba del *elemento material* de la tentativa con la prueba del *elemento intencional*, y aun rechazando en desprecio de los principios fundamentales la necesidad de este elemento, viene á hacer nacer la tentativa de la *sola idoneidad* de los medios empleados.

2ª—Porque olvida una verdad sabida de todos: que el hombre colérico se apodera del primer instrumento que cae en sus manos, sin reflexionar si su efecto será ó nó homicida.

3ª—Porque olvida una verdad empírica, cual es la de que aun en el empleo de armas cortantes ó de fuego, el resultado *más frecuente, más ordinario*, es herir; y el menos frecuente es dar la muerte. Esta verdad está demostrada por las estadísticas de los hospitales y de los procesos criminales. Resulta de ahí con evidencia la falsedad del argumento que se reduce á estos términos: *Cayo se ha servido de un instrumento que diez veces causará la muerte, pero que treinta veces causará solamente una herida; así, pues, ha querido la muerte y nó la herida.* No hay dialéctica que pueda curar el vicio de esta argumentación. Y sin embargo, este argumento tan vi-

cioso es el que se repite siempre que se pretende deducir de la prueba de la *aptitud* la prueba de la *intención*, sin establecer distintamente este elemento diferente.— Además, la regla de que en los delitos cometidos bajo el imperio de una cólera súbita, la idea de la tentativa no puede hallar lugar (regla admitida por Romagnosi y sostenida por Nani, Carmignani, Lauria, Giuliani, Puccioni y muchos otros), ha sido últimamente expuesta con claridad por Haus (*Cours de Droit Criminel*, Gante, 1861, I, 79-80) quien sienta como absoluto el aforismo *dolus indeterminatus determinatur eventu*; y por mi sabio colega Canonico, profesor de Derecho Penal en Turín, en su libro titulado *Introduzioni al diritto penale*, opinión que reprodujo en la segunda edición de su obra (1874) nos. 300 y 400, p. 228.

§ 369.

En estos dos últimos casos, de intención *indirecta* y de intención *imperfecta*, la tentativa desaparece porque hay un *vacío* en su elemento moral. Sin embargo, la regla sobre este punto debe atemperarse, según creo, por las dos fórmulas siguientes: 1º—Se admitirá la tentativa en el arrebato súbito cuando los actos no podían conducir más que á *un solo* resultado: así, el hecho de arrojar fuego sobre un montón de paja no puede conducir sino al incendio. Entonces, como no podemos jamás suponer que el hombre (en cualquier estado de espíritu que se encuentre) obra sin querer *algo*, es verdaderamente de necesidad lógica presumir que ha querido el *único efecto* que puede producir el acto ejecutado.— 2º—Cuando los actos verificados en el arrebato de la pasión pueden producir dos efectos diferentes (por ejemplo, una herida ó la muerte), se debe siempre tomar en cuenta el efecto menos grave: *semper in dubiis id quod minimum est eligendum*. No podría negarse que la per-

turbación del alma hace *dudosa* la dirección hacia tal fin más bien que hacia tal otro, y esto basta. El dolo permanece indeterminado, y al dolo indeterminado no puede unirse la idea de la tentativa (1) del delito más grave.

(1) Véase Lelièvre, *De conatu*, p. 201, y Van Hasselt. *ad art.* 295, pag. 37.

§ 370.

no seguido de este resultado.—De otro modo, el delito quedaría perfecto por el acontencimiento, y la tentativa desaparecería *por exceso.*

§ 371.

Por consiguiente, los delitos que *perficiuntur unieo actu*, los delitos de *palabra*, como no admiten fraccionamiento en sus elementos físicos, no pueden presentar las condiciones de la tentativa.

§ 372.

ni de la lesión de un derecho superior ó equivalente al que se quería violar.—Puede á menudo suceder que el culpable haya dirigido su acción hacia un fin *ulterior* que no ha alcanzado; no le es dado siempre para esto invocar la excusa de la tentativa, aunque pruebe que no ha alcanzado buen éxito en su intento.

§ 373.

Cuando el acto ejecutado ha consumado la ofensa de un derecho *universal*, ó también de un derecho *particular* pero igual ó superior al que se quería lesionar, hay un delito perfecto en su *objetividad jurídica;* y, aun-

que el culpable no haya alcanzado la *objetividad ideológica* á que tendía, no puede caber la tentativa.

§ 374.

Ese caso se presenta en casi todos los delitos que pertenecen á la clase de los delitos *sociales* (ó en otros términos, *políticos* directos ó indirectos).

Así, la *conspiración*, la *insurrección*, el ultraje á la *moral* ó á la *religión*, el acto de *divulgar doctrinas impías*, la *calumnia*, el *falso testimonio*, la *protección dada al culpable, (favoreggiamento)* la *violencia pública*, la *resistencia*, la *corrupción*, la *falsedad en escrituras públicas*, la *falsificación de monedas*, no son tentativas cuando están completas en sí mismas. No son *tentativas*, aun cuando sus autores no hayan logrado el *resultado final* (la *objetividad ideológica)* á que tendía únicamente el delito. No han cambiado el Gobierno, ni corrompido la moral pública, ni pervertido las creencias de otro, ni hecho condenar al inocente ó absolver al culpable, ni procurado por su apoyo la impunidad al autor de un delito, ni obligado á la autoridad á ceder á sus exigencias, ni comprometido á la fuerza pública á renunciar á sus operaciones, ni obtenido por su dinero una sentencia injusta, ni hecho una ganancia por medio de la moneda falsa; en una palabra, nada de lo que han querido ha resultado. Sin embargo, el delito está *perfecto*, pues la *efectividad* del daño *universal* consiste en la violación del *derecho abstracto* que cada ciudadano tiene, á que se respete la autoridad, la religión, la moral pública, la justicia, la fuerza pública, la fe (ó confianza) pública. Ahora bien, esta *efectividad* en el daño causado al derecho *abstracto universal* basta para hacer que la *objetividad jurídica* del delito sea atacada, y que la simple *potencialidad* de la violación del *derecho concreto* constituya la ofensa perfecta á la ley. (§ 112).

§ 375.

Pero esa *potencialidad* debe existir; si no fuera así, repugnaría que actos no concluyentes y pueriles se considerasen como una ofensa perfecta á la ley. Los actos que no tienen ninguna potencia para violar efectivamente el *derecho concreto*, no pueden ofender el *derecho abstracto*. ¿Quién osaría castigar á aquel que hubiera falsificado una moneda de madera, ó al que me acusara ante la justicia de haber robado la torre de la Catedral?

§ 376.

No obstante, debe observarse que, aun cuando estos delitos *no sean tentativas*, la *tentativa* puede concebirse con relación á ellos.

§ 377.

La preponderancia del medio sobre el fin, de donde resulta la perfección del delito aun en el caso de que el culpable no haya alcanzado su propósito, se encuentra también en los delitos de simple *daño inmediato particular*, siempre que el *medio* viole un derecho *equivalente* ó *superior* á aquel cuya violación era el *fin* buscado.

§ 378.

Así, en el *rapto* de una mujer para abusar de ella, hay rapto consumado, aunque la pasión no haya sido satisfecha. Del mismo modo, en la *violencia privada* y en el *escopelismo* (A) el delito queda perfecto aun cuando

(A) Acción de cubrir un campo de piedras á fin de hacerlo estéril (según Barcia).

el que quería intimidar no se haya doblegado á la voluntad del autor de la violencia ó de la amenaza. También en el *homicidio con el fin de robar (latrocinio)* el delito está perfecto aunque el culpable, después de haber matado á la persona, no haya podido consumar el robo; y así en los demás casos.

§ 379.

En el robo mismo, aunque el ladrón, sorprendido con el botín en el momento de descender mi escalera, no haya reportado del robo ningún provecho, el delito queda consumado; en efecto, este derecho de propiedad que el ladrón creía violar al despojarme de mis cosas, lo ha violado enteramente en el elemento de la posesión, apoderándose de los objetos que me pertenecen (1).

(1) Véase mi *Prolusione al corso accademico*, 1870–71, donde he refutado con extensión las objeciones que se han hecho contra esta doctrina.—Este escrito ha sido reproducido en mis *Lineamenti di practica legislativa penale. Osservazione* 11, Torino, 1874.

§ 380.

En todos estos casos la tentativa desaparece por *exceso;* en efecto, presentando los actos ejecutados una violación que iguala ó supera á la que hubiera podido producir el acontecimiento querido ó los actos ulteriores, la acción traspasa los límites del simple atentado (1).

(1) Algunas personas creen que la palabra *atentado* no debe ser empleada sino para designar los actos *preparatorios* de la tentativa, es decir, la tentativa en el sentido *vulgar*, siempre diferente de la tentativa en el sentido *legal;* pero mal que pese al criminalista italiano que ha propuesto esta nomenclatura, ella no me parece fundada en una autoridad suficiente, ni bastante justificada en el sentido etimológico, ni útil en manera alguna á la exposición de la materia. Podrá tal vez apoyarse en algún texto de derecho positivo; pero por mi parte sigo el lenguaje común, empleando indiferentemente como sinónimas las palabras *atentado (attentato, conato)* y *tenta-*

tiva (tentativo), y designando por su nombre simple y natural los *actos preparatorios* que, como no son punibles, no constituyen un *atentado jurídico*, y por consiguiente á los ojos de la ciencia no son *atentados*.

§ 381.

La degradación de imputación de la tentativa se hace siempre siguiendo una relación proporcional á la imputación que se habría dado al delito si hubiera sido perfecto. Esta es la primera regla de la medida.

§ 382.

Pero en la imputación de la tentativa se debe también tomar en cuenta la *calidad* y la *cantidad* de esta tentativa, según la nomenclatura de Carmignani, fórmula á la cual querríamos sustituir, para mayor exactitud, la de *cantidad moral* y *cantidad física*.

§ 383.

La *calidad (ó cantidad moral)* de la tentativa se deduce de su *fuerza moral*, y esta crece ó decrece según las *causas* que han impedido la consumación.

§ 384.

Estas causas pueden ser *voluntarias* ó *casuales*.

§ 385.

Son *voluntarias* las que se verifican en virtud de un cambio espontáneo en la voluntad del agente. Este es el caso del arrepentimiento verdadero y del abandono del *fin* propuesto, bien distinto del simple abandono de los *medios;* por consiguiente, no es cierto, como ha pretendido un autor (1), que no deba incluirse en las

causas voluntarias la *piedad* despertada en el alma del asesino por las súplicas de la víctima. Este movimiento del alma, aunque excitado por las lágrimas de otro, es siempre un movimiento del alma; es siempre un arrepentimiento verdadero y un abandono cierto del delito, lo cual no sucede cuando el abandono proviene de un movimiento del alma producido por la sospecha ó el temor de que cierto accidente sobrevenga.

---

(1) Lacointa (*Revue critique*, tomo XXIII. pag. 470) combate esta noción de las causas morales. Dice que en la práctica es imposible distinguir si el agente ha desistido voluntariamente ó por la fuerza. Por tanto, confundiendo estas dos ideas, ha llegado naturalmente á sostener la imputabilidad á pesar del abandono espontáneo; y para demostrar su tesis supone un caso de abandono que no es espontáneo, como el que ha juzgado la Corte de Casación de Francia el 28 de julio de 1848, en que un tercero había obligado al asesino, con la pistola en la mano, á desistir: cambiando la hipótesis de hecho, es fácil refutar cualquier doctrina. El criterio para distinguir el abandono espontáneo del abandono no espontáneo, es para mí perfectamente claro. La ejecución se interrumpe por un acto voluntario del agente, tanto en el caso de que él vuelva atrás á causa de un *obstáculo que teme*, como cuando desista por *cambio de designio;* pero en el primer caso hay interrupción por una *causa casual moral*, y en el segundo por una *causa voluntaria*, ó *desistimiento espontáneo*. Si el agente ha desistido porque un tercero lo ha intimidado amenazándole con una pistola, ó porque se ha visto descubierto por alguien, ó porque el perro ha ladrado y ha acudido gente, la causa es *moral*. En efecto, todos estos accidentes no le impedían *físicamente* continuar; pero no es *voluntaria* la causa, pues ha desistido contra su voluntad, él *hubiera querido* continuar. Si, al contrario, el agente ha desistido porque ha pensado en la pena, ó porque se ha dejado conmover por los ruegos y las lágrimas de la víctima, no ha encontrado en esto un obstáculo inminente. Es un puro movimiento del alma lo que lo hace cambiar de designio. La causa es *voluntaria*. El abandono es espontáneo y no debe imputarse. Para expresar exactamente la idea de esta teoría, algunos modernos han propuesto la fórmula de que se debe acordar la impunidad á la *tentativa abandonada*, y no á la *tentativa impedida*, ya derive este impedimento de causas *físicas* ó de causas *morales*.

Tampoco hallo muy jurídica la distinción hecha por Lacointa (l. c., pag. 23) entre las causas *reales* y las causas *imaginarias:* el uno ha desistido porque ha llegado gente, el otro porque ha creído oír á alguien, pero eran los pasos de un animal. Parece que el sabio criminalista encuentra una diferencia entre estos dos casos; por mi parte, no veo ninguna. En uno como en otro caso, no se puede decir que intervenga una causa física, pues si llega alguno (sea en realidad, sea en la imaginación del agente), esto no constituye un impedimento físico para que continúe. Tampoco es voluntaria la causa en ninguno de los dos casos, porque el abandono proviene de

un accidente extraño á la voluntad del agente, y es á su pesar como abandona la empresa. Tenemos, pues, en ambos casos una causa *casual moral.* Precisemos bien la idea de la *espontaneidad* del abandono, y no hallaremos dificultad para aplicar la doctrina de la exención de toda pena. La diferencia entre la causa *casual moral* y la causa *voluntaria* se reduce, en último análisis, á este examen: ¿ha desistido el agente porque ha tenido *conciencia de no poder* consumar con seguridad el delito, por razones verdaderas ó supuestas? La causa es entonces *casual moral,* y la tentativa es imputable.— ¿Ha desistido el agente porque, á pesar de tener *conciencia de poder sin peligro* alcanzar su propósito, ha cambiado de designio? No es imputable.— La no imputabilidad no debe, pues, deducirse del *cambio de designio,* sino de la *causa* de ese cambio. Si esta causa consiste en el temor de un obstáculo ó de un peligro inminente, no hay arrepentimiento con enmienda *(resipiscenza).* Si consiste en la piedad ó en el triunfo de la razón y del sentimiento del deber, hay arrepentimiento y enmienda. Al extenderme en esta refutación, he querido mostrar la estimación que profeso al sabio magistrado francés que ha hecho sobre la tentativa los más profundos estudios, estimación que en nada podrían alterar ciertos disentimientos que la larga correspondencia con que él ha querido honrarme ha llegado á hacer desaparecer.

§ 386.

Las causas *casuales* son aquellas que provienen de circunstancias que han suspendido la ejecución del delito, á pesar de la voluntad del agente.

§ 387.

Estas causas pueden ser *físicas* ó *morales.* Las causas que otros han llamado *legales* no degradan la tentativa, la destruyen en su esencia; ahora bien, hay contradicción en decir que lo que *destruye* un sér, atribuye una *cualidad* á este sér.

§ 388.

Las causas *casuales físicas* son las que, por una acción *material,* han impedido la consumación; sea que hayan obrado sobre el sujeto activo principal, por ejemplo, si alguno ha detenido el brazo que iba á descargar el golpe; sea que hayan obrado sobre el sujeto activo se-

cundario, por ejemplo, si la llave falsa se ha roto en la cerradura que debía abrir; sea que se hayan verificado en el sujeto pasivo del atentado ó de la consumación, presentando un obstáculo material que ha resistido á la acción culpable. Desde que el impedimento ó el obstáculo han obrado *materialmente*, se dice que el delito ha quedado imperfecto á consecuencia de una causa *física*.

§ 389.

Las causas *casuales morales* son las que han obrado sobre la voluntad del culpable, y lo han obligado á su pesar á desistir. Naturalmente, estas causas también deben consistir en un *hecho material;* pero este hecho ha ejercido una influencia *coactiva* sobre la acción, que no es material sino puramente *moral*. Si, por ejemplo, un tercero acude dando gritos amenazantes y el agresor huye, estos gritos son un hecho *material*, pero su influencia es meramente *moral*. En efecto, á pesar de los gritos, podía muy bien continuar hiriendo, y si ha desistido, si no ha consumado el homicidio, ha sido porque los gritos han excitado en su alma una turbación que lo ha impulsado á soltar la presa, aunque su brazo podía todavía herir y aunque conservaba el deseo de hacerlo.

§ 390.

La *calidad* de la tentativa, deducida así de la diversidad de las *causas* que han impedido la consumación, influye sobre la imputación de la tentativa del modo siguiente: se restringe tanto más la medida que hubiera tenido la imputación siendo perfecto el delito, cuanto más ha contribuído la voluntad del agente á impedir su realización.

§ 391.

La degradación deducida según este criterio llega

hasta aniquilar la imputación de la tentativa (1), si el abandono de la acción ha de ser atribuído *exclusivamente* á la voluntad de su autor, con tal que haya sucedido en un momento en que todavía no haya sido violado ningún derecho. Es evidente que cuando la causa que ha impedido la consumación ha sido voluntaria en el sentido arriba (§ 385) definido, el daño mediato desaparece completamente, porque los buenos ciudadanos no tienen ciertamente nada que temer de este acto; aun cuando se renovara cien veces, no podría turbar en lo más mínimo el orden externo, y sería pueril suponer que la audacia de los malos pudiera encontrar en él un estímulo.

(1) En este sentido: L. 19, *Dig. ad. leg. Cornel. de falsis: "Suffragio justæ pœnitentiæ absolventur".*—L. 1, *C. de crim. stellión.*—Strikius, *De jure sensum; dissert.* 10, nº 27 y sig. Carmignani se había pronunciado en un principio por la no imputabilidad absoluta en el caso de abandono voluntario. Después, en las últimas ediciones de sus *Elementa*, adoptando la opinión de Kemmerik, ha sido de opinión que debe al menos castigarse ligeramente al autor de la tentativa que ha desistido espontáneamente. Se han pronunciado por la imputabilidad á pesar del arrepentimiento: Clarus (*Sententiarum*, lib. 5, *quæst.* 60, nº 21), Bohemer (*Meditat.* in C. C. C., art. 178, § 13), Carpzovius, Grolman, Tittmann, Philipse, Kleinschrod, quien se contenta con una amonestación judicial, y Wintgens, que se limita al argumento de que aun en la tentativa hay una violación de la ley, y por consiguiente un delito punible. Al contrario, han sostenido la no imputabilidad penal: Cremani (lib. I, parte I, § 4). De Simoni (*Delitti di mero affecto*, parte I, cap. 7, § 8), Feuerbach, Bexon, Oersted, Schrœter, Hencke, Bauer, que hacen prevalecer la consideración social. Véase sobre todo á Jongsma, *Dissert. an delinquendi conatus pœna sit afficiendus, si delinquens mutato consilio sponte et ultra nulla ratione extrinsecus accedente coactus, a delicto consummando se abstineat;* p. 57 á 84, *passim*.

§ 392.

La *cantidad* de la tentativa (ó *cantidad física*), que es el segundo criterio de su medida, se deduce de la *fuerza física*. Ella crece ó decrece según que el momento en el cual se ha detenido la acción está más ó menos *próximo* al acto de la consumación.

§ 393.

Sobre este criterio se funda la distinción entre la tentativa *próxima* y la tentativa *lejana*. La tentativa *comienza* cuando los actos adquieren la univocidad en el sentido del delito. En tanto que son equívocos, no son más que *actos preparatorios*, que no constituyen una tentativa socialmente imputable. Cuando adquieren la univocidad (es decir, cuando son inequívocamente dirigidos hacia el delito), toman el carácter de *actos de ejecución.*

§ 394.

Pero mientras que los actos de ejecución se desarrollan simplemente sobre el *sujeto activo secundario*, ó (si para ello hay lugar) sobre el *sujeto pasivo de la tentativa*, no son cuando mucho sino tentativas lejanas.

§ 395.

Cuando la acción comienza á ejercerse directamente sobre el hombre ó sobre la cosa que están destinados á ser el *sujeto pasivo de la consumación*, la tentativa se hace *próxima*. En una palabra, la tentativa es *próxima* cuando la ejecución *objetiva* ha comenzado; todos los actos de pura ejecución *subjetiva* forman la tentativa *lejana*.

§ 396.

La tentativa *lejana*, ó bien no es imputable, ó no lo es sino muy levemente en comparación con la tentativa *próxima*. La *proximidad* crece á medida que los actos se aproximan á la consumación, y crece, no en razón directa del número de los *actos efectuados*, sino en razón inversa del número de los actos que faltan por hacer para llegar á *verificar* la consumación.

§ 397.

He aquí las reglas por medio de las cuales la tentativa se distingue de los delitos perfectos y de los actos socialmente inocentes. Se gradúa la imputación de la tentativa en razón compuesta de su *calidad* y de su *cantidad*, ó como sería mejor decir: de su *cantidad moral* y de su *cantidad física*.

§ 398.

Pero toda esta nomenclatura debe ser entendida en el sentido en que nosotros la empleamos; de otro modo las reglas serían engañosas. Para nosotros, la *ejecución del delito* expresa una serie de momentos que son distintos de los de la *preparación* y de los de la *consumación*.

Si hago esta observación es porque el sentido de la palabra *ejecución* es variable, no solamente en el lenguage *vulgar*, sino también en el *legislativo*.

1º—Varía en el lenguaje *vulgar*, en el cual se confunde muy á menudo la primera *ejecución* del *mal designio* con la *ejecución del delito*. Cuando un hombre que está decidido á matar carga su arma, el vulgo dirá que comienza á *ejecutar*. Sí, comienza á *ejecutar* su *designio;* pero el *delito*, como *sér jurídico*, no comienza sino en el momento en que comienza *unívocamente* la relación de contradicción entre los actos y el derecho atacado.—Para el jurisconsulto, éstos no son actos de *ejecución*, sino actos de *preparación*.

2º—Varía también en el lenguaje legislativo.—En efecto, algunos códigos (por ejemplo, el francés) se sirven de la palabra *ejecución* para designar la *consumación*; y así, dejando impune la tentativa *lejana*, no ven tentativa socialmente imputable sino cuando los actos de consumación han comenzado. Es por esto por lo que Rossi,

y en general todos los que se han inspirado en la definición del código francés, dicen que el ladrón que rompe la puerta y se introduce en la casa no ha comenzado todavía la *ejecución*, que no la principia sino cuando pone la mano sobre la cosa que quiere robar. Así se dice que el homicida no comienza la ejecución sino cuando, habiéndose aproximado á la víctima, comienza á herirla.— Del mismo modo, otros sostienen que aquel que dirige contra su enemigo un fusil cargado y armado, con la intención de hacer fuego y de matarlo, no es culpable de tentativa si el brazo se encuentra detenido; también para castigar este hecho han recurrido á la idea de la amenaza, idea evidentemente falsa, pues la esencia de la amenaza consiste en la intención de aterrar, que es completamente extraña á aquel que tiene la intención de matar. Es evidente que esta doctrina reposa enteramente sobre una diversidad de lenguaje, sobre el sentido diferente que se ha dado á la palabra *ejecución*, uniendo á él simplemente la idea de *consumación*. Hay, pues, entre ellos y nosotros una diferencia de lenguaje que conduce en ciertos casos á una diferencia en la aplicación de los principios.

Para nosotros la *preparación* es cosa distinta de la *ejecución*, así como la *ejecución*, en el sentido estricto de la palabra, es cosa distinta de la *consumación*. Lo que distingue los *actos preparatorios* de los *actos de ejecución* es la *univocidad;* los primeros no son nada, los otros forman la tentativa *lejana*. Lo que distingue los *actos de ejecución* de los *actos de consumación*, es la *presencia del sujeto pasivo* de la consumación. Los actos que se verifican fuera de la presencia del hombre ó de la cosa sobre la cual el crimen debía consumarse, forman la *tentativa lejana;* los que se verifican sobre el sujeto pasivo de la consumación no son simples actos de *ejecución*, sino actos de *consumación*, y constituyen la tentativa *próxima* que hace *perfecto* el delito desde que la *violación del de-*

recho atacado queda *consumada.* Si los actos de consumación se han verificado suficientemente, pero el acontecimiento no se ha producido á causa de un caso *fortuito imprevisto*, la tentativa ha llenado su evolución jurídica, y pasado al estado de *delito frustado.*

II.

DEL DELITO FRUSTRADO.

§ 399.

El delito, hemos dicho, puede quedar imperfecto, ya cuando los actos *necesarios* para obtener el resultado culpable no han sido ejecutados *todos*, ya cuando, á pesar de su cumplimiento íntegro, el suceso deseado por el culpable no se ha realizado por algún accidente. En el primer caso hay tentativa, en el segundo la tentativa puede pasar al estado de *delito frustrado.*

§ 400.

Los antiguos criminalistas no conocían como especie particular el *delito frustrado.* Llamaban *conatus prœtergressus* ó *conatus perfectus* al hecho en que el agente ha ejecutado la serie de los actos que debían, según él, producir el resultado querido, sin que sin embargo lo haya obtenido; y hacían de este caso la tentativa más *próxima.*

§ 401.

Entre los modernos se ha notado que el *delito frustrado* presenta un *peligro* y un *daño mediato* mucho más considerables que las simples tentativas, y se ha dado de esta especie particular una noción distinta que ha si-

do acogida en la ciencia y que ha encontrado lugar en algunos códigos modernos (1).

(1) Es una opinión universalmente reconocida la de que Romagnosi ha tenido el mérito de ser el primero en señalar los caracteres del delito frustrado, bien distinto del *conatus prætergressus* de los antiguos; bastaría en efecto para esto, que el agente hubiera ejecutado todos los actos por medio de los cuales pretendía llegar á sus fines; el otro, al contrario, exige además que se hayan ejecutado todos los actos que según la naturaleza del hecho eran *necesarios* para obtener el fin. Sin embargo, encuentro que el código prusiano de 1794, promulgado por Federico Guillermo, ha distinguido, en los artículos 40 y 41, el caso en que el culpable ha ejecutado todos los actos *necesarios* al delito, sin haberlo no obstante consumado, y el caso en que ha estado impedido para ejecutarlos. En el primer caso se disminuye en un grado la pena ordinaria; en el segundo se la disminuye en dos grados. Pero como Romagnosi había publicado su *Genesi del diritto penale* (en Pavía) en 1791, es muy probable que los jurisconsultos llamados por Federico para componer su código de 1794 hayan tomado esta idea del libro de nuestro antecesor.

§ 402.

Se define el *delito frustrado:—la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación de un delito, hecha con intención explícitamente dirigida hacia ese delito; pero no seguida del efecto querido, por razones independientes de la voluntad y de la manera de obrar del culpable.*—El análisis que acabamos de hacer de la definición de la tentiva simplifica el de la definición del delito *frustrado*, y es inútil repetir lo que hemos dicho respecto de su elemento *moral*, es decir, de la intención.

§ 403.

La fórmula—*ejecución de todos los actos necesarios para la consumación de un delito*—determina la noción del delito frustrado. Lo que constituye la esencia *material* del delito frustrado es el *cumplimiento de todos* los actos *necesarios al delito*. En tanto que la acción criminal esté *in vía*, el delincuente puede *arrepentirse*, y arrepen-

tirse útilmente. Pero cuando *todos* los actos han sido verificados, el arrepentimiento (suponiendo que estos actos fueran *idóneos)* habría venido demasiado tarde, si la Providencia no hubiera salvado á la víctima por medio de un caso fortuito.

§ 404.

Esta consideración conduce á imputar más el delito frustrado. Algunas personas han llegado hasta deducir de ella la igualdad de imputación con el delito perfecto. Pero esto es un error, porque la justicia exige que así como el caso fortuito que ha vuelto más grave el suceso, empeora á menudo la suerte del culpable, del mismo modo deba favorecerle el caso fortuito que ha impedido el resultado que se proponía alcanzar. Por otra parte, la alarma pública es siempre menor en este caso, porque no ha habido lugar á deplorar la muerte de la víctima del delito. El daño inmediato del homicidio no existe y su ausencia total no puede dejar de influir á los ojos de la justicia. En fin, el interés social exige que una diferencia (1) en la represión sirva de freno al autor del delito frustrado, para disuadirlo de *renovar* los actos criminales, lo que con frecuencia podría serle fácil.

(1) A los defensores de la desigualdad de la pena en materia de delito frustrado como en materia de tentativa, ha venido á unirse recientemente Berner *(Lehrbuch des deutschen strafrechts*, Leipzig, 1866, § 134; y nota 2, pag. 224), quien sostiene esta regla, tanto por razones de justicia como por razones de interés social y valiéndose del argumento extensamente desarrollado entre nosotros por Nicolini: de que en la mayor parte de los casos la falta del resultado dañoso puede ser atribuída, más ó menos, á una indecisión de la voluntad.

§ 405.

No sin intención decimos:—*todos los actos necesa-*

rios para el delito. Hay una diferencia entre la ejecución de *todos los actos necesarios* y la ejecución de *todos los actos que el delincuente se hubiera propuesto ejecutar.* Algunas veces estas dos fórmulas se confunden, pero por puro accidente, en el caso concreto. Pueden también no confundirse, y entonces el delito frustrado desaparece si la primera no encuentra aplicación, aunque pueda aplicarse la segunda.

§ 406.

Los actos *necesarios* para producir un efecto son determinados por las leyes naturales, según las relaciones de las cosas. El hombre puede descubrir estas relaciones, pero nó *crearlas* ni destruirlas. Y si la vanidad le hace imaginar que producirá un efecto por medio de actos á los cuales la naturaleza ha rehusado este poder, emprenderá una acción destituída de todo *peligro*, y por consiguiente no puede hacer nacer temor razonable en los ciudadanos.

§ 407.

La *impropiedad* de los actos hace, pues, desaparecer el *delito frustrado* en cualquier momento en que intervenga. Podrá el delito, en los casos en que exista la impropiedad, degenerar en tentativa, si ha habido una serie de actos *propios* suficiente para constituirla; pero no puede verse en esto el *delito frustrado*, aun cuando el agente haya recorrido toda la serie de los momentos que constituyen la acción proyectada por él, y aun cuando haya ejecutado el último acto que en su cálculo erróneo debía realizar la consumación.

§ 408.

Supongamos, por ejemplo, que un hombre armado

de un fusil cargado con munición se pone en busca de su enemigo para matarlo, y habiéndolo encontrado dirige contra él su arma. Hasta este momento tenemos una tentativa. Si se le ha detenido el brazo, será responsable de *tentativa próxima* de homicidio. Pero nadie se lo ha detenido y ha disparado; sin embargo, como no conocía el uso de las armas de fuego, ha esperado que su enemigo estuviera á más de doscientos pasos de distancia. De este modo, ha consumado el último acto de su *designio*, pero no se dirá por esto que es culpable de homicidio frustrado, puesto que es cierto que con este plomo y á esta distancia es físicamente *imposible* matar.

§ 409.

Este tiro lanzado al aire es un acto insensato, al que no se puede dar el nombre de las acciones peligrosas de las cuales es responsable su autor: se reduce á una intención malvada; la ausencia de *daño* y aun de *peligro* lo despoja de la *fuerza física* indispensable á todo acto culpable. Todos los actos *proyectados* han sido cumplidos, pero no lo han sido todos los actos *necesarios*. Este último acto, que no tenía la potencia de matar, no merece el nombre de *acto de consumación:* es un acto de consumación *imaginaria;* si el agente se lo había figurado en sus ensueños como un *acto de consumación*, en la realidad de las cosas no ha habido nada de eso por la sencilla razón de que *no podía* consumar el homicidio. La justicia penal no toma en cuenta los ensueños ni los deseos, sino los actos externos que han sido causa de un *daño* y de un *peligro* verdadero y efectivo.

§ 410.

Si la impropiedad se encuentra solamente en el úl-

timo acto, el cual ha hecho inútiles todos los otros, este acto se considera jurídicamente como si no existiera, porque carece de la *fuerza física* criminal. Así, pues, la acción ha sido privada de uno de sus momentos y por lo tanto no ha habido *delito frustrado.* Si el delito frustrado debe ser un delito completo *subjetivamente* y sólo *objetivamente* imperfecto, es evidentemente necesario que presente completa la *subjetividad ontológica*, aun en el elemento material, y no sólo en la *subjetividad psicológica.* Cuando el agente ha perseverado hasta el final en su designio malvado, la subjetividad *psicológica* es perfecta, pero los actos (ó aun uno solo de ellos) que carecen de eficacia dejan incompleta la *subjetividad ontológica*, la cual para ser completa debe haber ejecutado todos sus momentos tanto morales como físicos; y por consiguiente no puede decirse que el delito sea *subjetivamente* perfecto.

§ 411.

Pero queda la tentativa precedente que se compone de una serie de actos que presentan un peligro. La torpeza del culpable, que ha esperado para disparar que la víctima estuviera demasiado lejos para poder ser alcanzada, constituye la causa física fortuita que hace que el delito quede imperfecto; pero ella no puede destruir los actos precedentes ni borrar la imputación en que han hecho incurrir. Si le doy el nombre de *causa física fortuita ó casual* (§ 386), aunque el hecho de haber tirado demasiado tarde sea el resultado de la libre voluntad del agente, es porque su voluntad no se dirigía á no matar, sino que por el contrario, en aquel mismo momento tendía á dar la muerte. Es, pues, un error fortuito de juicio el que ha hecho intervenir la *causa física* del aumento de la distancia é impedido este funesto resultado. Se cae en una equivocación cuando se imagina que el hecho

de haber tirado, por más irracional, por más impotente que sea por su naturaleza, excluye la idea de la tentativa. Esta opinión proviene de que se observa que los actos no han sido interrumpidos. Se dice que después de haber tirado el agente, no tenía otra cosa que hacer, y se afirma, en consecuencia, que su acción no podía ya contener una *tentativa.* Pero al decir esto no se ha reflexionado en que el último acto *inútilmente* hecho es como si *no hubiera sido hecho:* es *jurídicamente* nulo.— De este modo la tentativa subsiste para los hechos precedentes, si ellos tienen los caracteres de ésta. No es cierto que el agente no haya *hecho nada,* le faltaba tirar *de modo* que pudiera herir á la persona, y esto es lo que no ha hecho. Y de que él *no haya hecho esto,* resulta este doble efecto jurídico: en la suma de los actos ejecutados queda lo que constituye la tentativa, y de la suma de todos estos actos desaparece lo que constituye el homicidio frustrado.

§ 412.

Por otra parte, se debe ciertamente vituperar la adición que ha sido hecha, en algunos códigos, á la definición del delito frustrado, de la fórmula *por su parte (que ha ejecutado por su parte todos los actos).* En los casos ordinarios esta adición no influirá en nada; pero hay varias clases de delitos, por ejemplo, el envenenamiento (§ 1718)—el envenenamiento no es más que una *forma del homicidio* en el derecho penal toscano—que con frecuencia son consumados por personas inocentes que sirven de instrumento al culpable. Cuando los actos de consumación deben ser ejecutados por estas personas, el culpable que tiene todo preparado *no tiene nada que hacer por su parte;* por consiguiente, como él lo ha hecho todo por su parte, se vendrá, por medio de esta fórmula viciosa, á encontrar un delito frustrado en actos que

están separados por un largo intervalo del comienzo de los actos de consumación, y que algunas veces pueden ser considerados aun como puramente preparatorios; lo cual es absurdo. (1)

---

(1) El mismo absurdo se encuentra en los delitos cuya ejecución es confiada, en virtud de un acuerdo criminal, á diferentes personas. Ticio quiere matar á su enemigo, y ha resuelto atacarlo en el lecho durante el sueño. Pero no se puede penetrar de noche en la casa, sino escalando una ventana, y Ticio es demasiado pesado para intentar el escalamiento. Se pone de acuerdo con Cayo que es un hombre ágil: sube éste á la ventana, baja á abrir la puerta de la calle á fin de que Ticio pueda introducirse y consumar el asesinato, y desaparece en seguida. Ticio sube con precaución la escalera y llega al cuarto de su enemigo, pero lo encuentra despierto y pronto á defenderse, y se ve obligado á huir. Evidentemente, Ticio no será culpable más que de homicidio *tentado*, porque aun no había podido dar la puñalada á su enemigo. Pero Cayo había cumplido, *por su parte, todos los actos* que tenía que ejecutar en el drama criminal. Si hacemos uso de la fórmula *por su parte*, tendremos que decir que Cayo es responsable de homicidio *frustrado*, porque *no le ha faltado nada que hacer* con respecto á los actos que él tenía que ejecutar *por su parte* en el delito. Que Cayo sea responsable de asesinato *frustrado*, en tanto que Ticio no es responsable más que de asesinato *tentado*, es un absurdo que repugna al sentido moral y jurídico. La cosa es tan evidente que causa asombro que el código napolitano de 1819 haya podido hacer consistir el criterio del delito frustrado en la fórmula *por su parte*, y que esta fórmula tan errónea y peligrosa tenga todavía partidarios. El criterio del delito frustrado debe deducirse de las condiciones ontológicas del hecho considerado impersonalmente y en sí mismo, sin tomar en cuenta para nada que diferentes individuos hayan sido encargados de ejecutar los actos que lo constituyen.

§ 413.

Una consecuencia lógica irrecusable de estos principios, es la de que para constituir la *esencia de hecho* del *delito frustrado* se debe exigir con la más rigurosa exactitud la *idoneidad de los medios* y hacer la investigación de ellos con un criterio mas positivo que para la tentativa. He aquí por qué la *impropiedad* puramente *relativa* basta para excluir el *delito frustrado*, con tal de que ella se refiera al designio del agente (§ 423). Ésta es una diferencia entre la naturaleza del delito frustrado y la de la tentativa, porque para excluir ésta, como ya lo he-

mos visto (§ 362), no es suficiente la impropiedad *relativa*. Aun cuando los medios empleados no fuesen impotentes *absolutamente*, es decir *subjetivamente*, si lo han sido en razón á su *relación* con el sujeto pasivo ó con el orden de ejecución que ha escogido el culpable, es decir *objetivamente*, esto basta para que la *falta de resultado* provenga de la *voluntad* del agente que ha escogido este orden de ejecución, y de su *manera de obrar* que (vista la *impropiedad relativa)* debía, por la ley inalterable de su naturaleza, presentar la falta de resultado.

§ 414.

No basta, pues, que la idoneidad sea *puramente posible*; es necesario que el *medio* escogido y el *resultado* que se quiere llamar *frustrado* estén entre sí en la relación de *causa* á *efecto* según el *curso ordinario* de las cosas. Es posible que un atleta mate á un hombre de una bofetada; si (aún suponiendo que haya tenido la voluntad deliberada de matar) doy una bofetada á mi enemigo y no le hago más que una simple contusión, tendremos el *elemento intencional* del delito frustrado, porque la intención culpable ha durado hasta el último momento de la ejecución del designio malvado, pero no tendremos el *elemento material*, y sería, por lo tanto, un error darle ese nombre. Sería *posible* que la bofetada causara la muerte, pero en el *curso ordinario* de las cosas las bofetadas no matan. Si, pues, mi golpe no ha producido la muerte que yo quería dar, ha sido á causa del *mismo medio* que he escogido. Mi proyecto era una quimera, llevaba en sí mismo la causa del mal éxito. No ha habido un *delito frustrado*, porque no es un accidente extraordinario el que ha impedido la muerte, sino la relación ordinaria de las fuerzas materiales puestas en movimiento por el delincuente. Hay una *intención* feroz, pero las intenciones no tienen valor á los ojos de la justicia penal sino en tanto que van

acompañadas de un daño efectivo y de un peligro *real*. De esto depende también el daño mediato, cuya influencia es tan grande sobre la imputabilidad social. (1)

(1) En esto consiste la notable diferencia que hay en cuanto á los efectos jurídicos de la impropiedad de las acciones, entre la *tentativa* y el delito *frustrado*. La sola *insuficiencia relativa* basta para excluir el delito frustrado; pero no basta para excluir la tentativa, es necesaria la *impropiedad absoluta*. Aun es un error, y muy grave, el querer encontrar el criterio distintivo de la tentativa en el hecho de que los actos de ejecución *hayan sido interrumpidos;* si no ha habido interrupción y el agente ha ejecutado completamente su designio, no hay, dicen, una tentativa, porque la acción no ha sido deliberada. Esto no puede ser exacto. Cuando el agente ha creído consumar un delito por medio de actos que en otras circunstancias lo habrían conducido á su fin, pero que en las circunstancias particulares del hecho eran *insuficientes* para esto, podrá ejecutarlos todos sin interrupción y nunca será responsable sino de *tentativa*. En efecto, si alguno de sus actos ha sido impedido, el suceso querido lo ha sido, y por causas inherentes á esos mismos actos; y por consiguiente, subsiste la tentativa punible, puesto que estos mismos actos, insuficientes es cierto en el caso concreto, tenían por lo menos *in abstracto* la potencia deseada, y al repetirse con detrimento de otras personas con circunstancias diferentes, ó sobre otro sujeto pasivo, entrañarían un peligro. No es, pues, cierto que estos actos no puedan ser castigados como tentativa, y que sea necesario ver en ellos el delito frustrado: basta excluir á éste, basta observar que el agente no ha hecho *todo lo que era necesario* cuando ha ejecutado una serie de actos *insuficientes por su naturaleza* para obtener el resultado culpable. Es una idea preconcebida muy falsa la de querer subordinar la aplicación de la pena de la tentativa á la *interrupción subjetiva*. Tanto vale no haber ejecutado un acto como haberlo ejecutado de tal manera que pierda la potencia de alcanzar el fin.

§ 415.

Es por esto por lo que, en la definición del delito frustrado, agregamos: *no seguida del efecto querido, por razones independientes de la voluntad y de la manera de obrar del culpable.*

§ 416.

A primera vista parece superfluo decir: *independiente de la voluntad*, porque si el suceso no se ha realizado por la voluntad misma del agente, la idea de aumentar

su responsabilidad en razón de un hecho *destinado á impedir* el delito es de tal manera antijurídica que no merece ni tomarse en cuenta.

§ 417.

Pero la indicación de la *voluntad* se refiere á la indicación de la *manera de obrar* del culpable, precisamente por la razón de que esta manera de obrar ha sido *querida* por él, y de que por lo tanto ha querido la causa, aunque sin prever la falta de éxito. (1)

(1) La fórmula de que, para poder imputar el delito frustrado, es necesario que la falta de éxito provenga de causas absolutamente *independientes* de la voluntad del agente, presenta todavía otro interés práctico.— Puede suceder que el culpable haya ejecutado todos los actos necesarios para consumar la ofensa deseada, y que la haya llevado hasta el fin con una maldad de intención perseverante y con una idoneidad que se haya mantenido hasta el último acto; pero que el hecho sea de tal naturaleza que admita en tiempo útil una reparación, y que el culpable por sí mismo, gracias á un saludable arrepentimiento, se haya obligado á cumplir esta reparación, la cual destruye el efecto dañoso de su acción é impide el resulado final. Un hombre ha arrojado al mar á su enemigo, ó bien le ha dado un veneno mortal: todo estaba concluído, y de tal manera que la muerte de ese desgraciado sería necesariamente producida dentro de pocos minutos; pero el culpable se arrepiente, se precipita en socorro de su víctima ó corre á darle un contraveneno y la salva. En tal hipótesis, en el rigor de los principios ontológicos, el delito frustrado estaría completo; los hechos posteriores podrían conceder una atenuante, pero nó borrar la noción ya perfecta del delito frustrado. Sin embargo, el interés social demanda que se facilite el arrepentimiento de los descarriados; y por esto, en la noción *jurídica* del delito frustrado, no se le admite en tal hipótesis, aunque debamos reconocer su existencia *ontológica*. He aquí un notable efecto de la mención de la voluntad del agente en la definición.

§ 418.

Y como la *manera de obrar* ha sido voluntaria en el agente, si en esta manera de obrar que ha escogido se encuentra la causa misma que ha trastornado el suceso, su acción ha nacido sin ofrecer los caracteres del peligro

perseverante hasta el fin, sobre el cual se funda la imputación y el título especial del *delito frustrado.*

§ 419.

Por lo tanto, cuando la causa que ha impedido la violación de la ley es inherente al designio y al *hecho mismo* del autor, repugnaría á los principios de la ciencia hacer á éste responsable de todos los momentos de la acción, y por consiguiente aun imputarle aquel de los momentos que ha producido la salvación de la víctima. Es cierto que la intención malvada ha sido perseverante, pero la acción criminal no ha estado completa en sus relaciones ontológicas con el resultado á que tendía.

§ 420.

Esto es evidente cuando el obstáculo ha provenido del *sujeto activo secundario* del delito, es decir de los medios ó instrumentos empleados por el culpable; y esa regla es verdadera cualesquiera que sean las críticas que se hayan dirigido contra ella. (1)

(1) Se ha dicho que si se admite la fórmula *independiente de la manera de obrar,* no habrá ninguna hipótesis posible de delito frustrado en ciertas formas de tentativa de homicidio, por ejemplo, en la muerte tentada por medio de un balazo. Siempre se dirá que aunque el arma estuviera bien cargada y aunque se haya disparado á corta distancia, si la víctima no ha sido alcanzada ó herida de muerte, lo que la ha salvado es la *manera de obrar* del culpable, quien no ha dirigido bien su golpe y por consiguiente ha errado el tiro. De este modo se encuentra excluída, agregan, la posibilidad de imputar el homicidio frustrado siempre que se ha tirado contra un hombre, aunque haya habido idoneidad é intención homicida perseverante. Esta objeción ha parecido muy grave á muchos autores, y los ha conducido á rechazar la fórmula; pero ella reposa sobre una equivocación y sobre una mala inteligencia. Es al acusador á quien corresponde presentar las pruebas de lo que asegura: si pretende que el balazo constituye un delito frustrado, por consiguiente debe demostrar tanto la perseverancia de la intención homicida, como el cumplimiento de todos los *actos necesarios* para obtener el resultado; ahora bien, en el curso ordinario de las cosas, para dar en el blanco es necesario, como dicen, apuntar; es, pues, á él á quien co-



rresponde probar, no sólo que el culpable ha tirado, sino también que ha ejecutado ese otro acto. Si tal prueba no ha sido presentada, la serie de los actos de ejecución es incompleta y carece de uno de sus más importantes momentos: el culpable no ha hecho todo lo que era necesario para alcanzar el fin, si no ha llevado el fusil al hombro ó la pistola á la altura del ojo. Ha disparado al azar, la ejecución subjetiva ha sido incompleta en uno de sus momentos físicos, y si ha errado el tiro, es por consecuencia de esta omisión: se tendrá una tentativa punible llevada hasta el acto más próximo, pero nó un delito frustrado, porque el agente *no ha hecho todo* lo que era necesario para el cumplimiento de su designio, y no lo ha hecho todo, porque le ha faltado prudencia y decisión, pues era libre de apuntar si hubiera querido. Al contrario, cuando la acusación prueba que el homicida ha llevado el fusil al hombro ó la pistola á la altura del ojo, en una palabra, que él ha apuntado, el culpable lo ha hecho todo. Si el tiro no ha producido efecto, á pesar de las precauciones que él ha tomado, esto ha provenido ó de un movimiento nervioso, ó de una desviación del proyectil, ó de un movimiento que ha hecho la víctima, y todos estos accidentes son fortuitos é independientes de la voluntad y de la manera de obrar del culpable; así, pues, subsiste la noción del delito frustrado. He aquí como debe entenderse esta regla, subordinándola al principio fundamental de que el delito frustrado debe ser un delito *subjetivamente completo*. Si se la quiere entender de otro modo y llevarla al absurdo, la culpa es de quien la entiende mal, y la regla no varía por eso. Las máximas más exactas de la ciencia son susceptibles de ser llevadas al absurdo por una aplicación errónea, y si hubieran de tomarse en cuenta las deducciones sofísticas que pueden hacerse de ellas, no habría ninguna verdad científica: se puede abusar de todo por medio del artificio de un falso razonamiento.

§ 421.

Pero cuando el obstáculo ha provenido de las condiciones particulares del *sujeto pasivo*, las cuales han hecho vanos los medios empleados á causa de su relación con el sujeto pasivo, es necesario distinguir.

§ 422.

O bien este impedimento no ha sido conocido del agente (como, por ejemplo, si el obstáculo ha provenido de una cota de malla que llevaba la persona): entonces este obstáculo forma el caso *fortuito* que ha impedido el suceso, y habrá *delito frustrado*. La voluntad del agente no ha podido obrar sobre una cosa desconocida; este obstáculo que no ha previsto era extraño á su manera

de obrar. Éste es ciertamente el caso en que el impedimento es enteramente independiente del sujeto activo.

§ 423.

O bien el agente *conocía* este obstáculo *de antemano*, y creía vencerlo con ayuda de ciertos medios, pero los medios que el ha empleado eran, por la ley de su naturaleza, impotentes para ello; entonces tendremos el *delito frustrado*. Si, por ejemplo, su enemigo estaba defendido por un obstáculo, y el culpable ha tirado con la perfecta intención de matarlo, pensando que la bala atravesaria este obstáculo; pero esto era físicamente imposible. La voluntad del agente se ha dirigido hacia este impedimento, puesto que lo conocía, y sin embargo no ha empleado los medios eficaces para triunfar de él; ha escogido para esto un medio del todo impotente. La relación entre el impedimento y los medios empleados ha entrado en el designio del culpable, y este designio, tal como ha sido concebido y ejecutado, no contenía absolutamente ningún *peligro*. Una acción de esta naturaleza, aunque se repitiera cien veces, no podría dañar nunca; no hay un *delito frustrado*. El suceso ha sido defectuoso por causa de la *manera de obrar* del culpable; ha sido defectuoso porque *todos* los actos *necesarios* para producirlo *no han sido ejecutados*.

§ 424.

Resumiendo toda la teoría de la tentativa y del delito frustrado en la fórmula más simple, llegamos á esta conclusión: la *intención* y el *peligro* son necesarios á la tentativa para que se pueda imputar como delito. La autoridad no puede sin tiranía amenazar con imputabilidad social en el caso en que falta uno de estos elementos. El magistrado no puede sin abuso del poder, im-

putar civilmente un hecho en el cual falte uno de estos elementos, ni, sin una imperdonable aberración, suplir la falta de uno de estos elementos con el otro. Los dos elementos deben establecerse separadamente; sería ir en abierta oposición con los principios del derecho y de la lógica el imaginarse que la gravedad del peligro que presenta el hecho puede reemplazarse con la intención del agente, ó que la maldad de la intención puede reemplazar al peligro que no existe en el hecho.

§ 425.

Por lo demás, en cuanto á la medida de la imputación, el delito frustrado debe representar una media proporcional entre la tentativa muy próxima y el delito perfecto. No podríamos aceptar la doctrina que pretende igualar en cuanto á la pena el delito frustrado con el consumado, aunque haya sido aceptada por algunos códigos, adoptada por Romagnosi, sostenida por Chaveau, y defendida recientemente con calor por Bernard (1) y por otros jurisconsultos de mérito.

---

(1) *Revue critique de legislation*, vol. 20, pag. 466, artículo que Bernard dirige á los legisladores del nuevo Reino de Italia. Pero la doctrina de la asimilación ha tenido siempre poco éxito en Italia. Gabbriello, *cons.* 70, nº 1; Riminaldo, *cons.* 327. nº 11; Silvano, *cons.* 43, *num.* 20, lib. 1; Grammatico, *decis.* 2, *et decis.* 74; Ciazzi, *disc.* 26, *num.* 97, quien hace de nuestro delito frustrado un caso particular, y enseña que se le debe imponer una pena menor *quamvis sit deventum ad actum proximum veluti ad exonerationem archibusii.* Passerino, en su tratado *De occidente unum pro alio*, pag. 222, dice que según el uso universal de Italia, seguido en una gran parte de Europa, la tentativa de homicidio, aun la muy próxima y llevada hasta el último momento de la acción, debe ser menos castigada que el delito consumado: *eadem lege punitur, sed non eadem pœna.* Es una singular tendencia la de algunos autores franceses contemporáneos, que no contentos con conservar fielmente para Francia la tradición severa de la asimilación de la tentativa al delito consumado, en cuanto á la pena, pretendan todavía emprender un apostolado de sangre, y convidar á los nuevos legisladores italianos á renegar la gloria de sus costumbres y á afrancesarse aun en este punto. En verdad, esto sería un progreso maravilloso! Pero en Francia se respetan todavía y se alegan las tradiciones de

las Capitulares de Carlomagno, en las cuales se lee en el cap. 10, lib. 7.: *qui hominem voluerit occidere, et perpetrare non potuerit, homicida est.* Para mayor ilustración sobre esta materia, véanse mis lecciones *sobre el grado en la fuerza física del delito (Opuscoli, vol.* 1, *opusc.* 9*).*

Artículo Segundo.

De la complicidad.

§ 426.

Varias personas pueden tener parte en un delito.— La justicia exige que todas ellas sean llamadas á dar cuenta de la parte que han tenido en la infracción de la ley, pero al mismo tiempo exige que cada una responda en proporción á la *influencia* que ha ejercido sobre esta infracción. De aquí se desprende la importancia de la *complicidad.*

§ 427.

El *autor* principal del delito es aquel que ha ejecutado el *acto de consumación* de la infracción. Los que han tenido parte en los *actos de consumación* son ó *coautores* ó *correos*, pero todos ellos son delincuentes *principales.* Las demás personas que han tenido participación en el designio criminal, ó en los actos que no son de *consumación*, son delincuentes *accesorios* ó cómplices *lato sensu.*

§ 428.

La filosofía, que tiene por objeto seres puramente *ideológicos*, puede ver un *autor psicológico* en aquel que ha podido concebir una idea y sabido formar con ella un

designio completo. Pero la ciencia penal, que no tiene por objeto más que los actos externos, y que no toma en consideración los pensamientos sino es para encontrar la causa de esos actos, no puede asimilar el autor de una *idea* al autor de un *hecho*. El delito es para ella un *sér jurídico* que, como resultante de la contradicción entre un *hecho* y la *ley*, no podría tener origen si la ley no fuese materialmente ofendida por un *hecho*, y sólo es *autor* de este *hecho* quien lo ha consumado *materialmente*.(1)

(1) Cuando se dice que el *autor* del delito es aquel que lo ejecuta *materialmente*, se supone, por una deducción necesaria de los principios fundamentales, que en el autor material existe la *culpabilidad*, es decir, que él obra como sér moralmente libre, y por consiguiente que es responsable de sus actos. Si el autor material es un loco, un niño, una persona violentada ó víctima de un error, en una palabra, un irresponsable, no se debe ver en él un *agente*, sino un instrumento ciego y puramente pasivo de la voluntad perversa de quien lo ha empleado; el sér inteligente desaparece en él, y no queda más que la materia puesta en movimiento por otro. Nadie podría decir que la piedra que ha matado es el autor de un homicidio; pues sucede lo mismo con el loco ó con la persona violentada que lo ha consumado bajo la impulsión del culpable, á la manera de un instrumento ciego y pasivo. El autor es aquel cuya mano ha lanzado la piedra, ó cuyos artificios han decidido al niño ó al loco á perpetrar el homicidio. Cuando el hecho material no puede referirse, como á su causa moral inmediata, á la voluntad libre é inteligente de quien lo ha ejecutado, no hay delito en esta persona; ella no es más que el instrumento de aquel que ha querido el delito y que se ha servido de ella como de un medio puramente material.—Es, pues, á este último á quien corresponde el nombre de *autor* del hecho.

§ 429.

Aquel que ha concebido la idea y que ha confiado la ejecución de ella á otros, es el *autor de la idea*, pero nó de la *ofensa á la ley*. El derecho penal verá en él una causa del hecho, le dará el nombre de *primer motor* del delito y lo perseguirá rigurosamente, y aun si se quiere, tan rigurosamente como á aquel que lo ha ejecutado; pero ser la *causa*, el *motor* de un hecho, y ser el *autor* (1) de él, son dos cosas esencialmente diferentes.—Alguien puede haber concebido la idea de un cuadro has-

ta en sus menores detalles, otro puede haber obtenido, por medio del dinero, que un pintor traslade esa concepción á la tela: estas dos personas serán respectivamente *causa* de la producción del cuadro, y tendrán ciertamente algún mérito, pero el *autor* es aquel cuyo pincel lo ha realizado.

(1) La costumbre de dar al instigador el nombre de *autor* del delito, ha sido recientemente combatida por el sabio Berner en su *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, lib. 3, § 109, nota 4, quien observa que el delito es un hecho externo y que es reconocido que para ser autor de hechos de este género, se necesita ser la causa externa de ellos; no limita esta regla sino en el caso de irresponsabilidad del autor material. Cita como corroboración el *Handbuch* de Luden, I, p. 455.

§ 430.

Al llamar *autor* del delito al que ha concebido la idea de él, se usa de una ficción, de una figura retórica; pero una ciencia positiva como la nuestra debe desterrar de su lenguaje las metáforas. Los criminalistas de todas las escuelas están acordes en distinguir los *motores criminis* y los *authores criminis.* (1) Tittmann parece que es el primero que ha reunido á los unos y á los otros bajo una misma denominación. Después, siguiendo su ejemplo, los alemanes han expresado las dos ideas por medio de una sola palabra: *urheber*, que nosotros encontramos precisamente traducida en los diccionarios por la doble expresión de *autor* y de *primer motor.* Pero, sin embargo, no toda la escuela alemana ha aceptado esta denominación: Mittermaier (*Neues archiv. des Criminalrechts*, vol. 3. p. 125) ha sostenido que debe distinguirse en la ciencia al *autor* (*thäter*) y al *motor* (*urheber*), y aun al *auxiliador* y al *fautor*, de los que pronto hablaremos.

(1) Eisenhart, *De criminum sociis*, § 8; Kessenich, *De sociis in cri-*

mine; Mommaerts, *De criminum fautoribus*, p. 8-10.—Gaertner ha extendido desmesuradamente la significación de la palabra *autor:* suponiendo que un hermano ha corrompido, por medio de lecturas obscenas, la imaginación de su hermano menor, dice que el primero debe ser llamado autor de la violación cometida por el último, *quia efficientem causam corruptelæ fraterculi præbuit; diss. finium culpæ*, Berolini, 1836, p. 36. He aquí las aberraciones á que conduce el buscar las definiciones científicas, no en la naturaleza de las cosas, sino en concepciones quiméricas, en analogías ó en figuras de retórica! Horacio pudo describir según su fantasía el monstruo que él inventó, pero lo *que es* no puede definirse de otro modo que *como es*. Sobre la materia de la complicidad pueden consultarse como especialistas: Cocceius, *Exercit. curiosæ*, II, *diss.* 30 *De socio criminis;*—Moorrees, *De sociis delicti*, Utrecht, 1824;—Besier, *De sociis delinquendi*, Utrecht, 1852;—Luden, *De socio delicti generali et especiali*, Jenæ, 1845;—Brotze, *De penæ ejus qui ex mandato delinquit*, Vitebergæ, 1796;—Casse, *De auctoribus delictorum psicologicis*, Hauniæ, 1835. 430

§ 431.

El delito se compone de dos elementos: el elemento *físico* (movimiento del cuerpo, actos externos) sin el cual la infracción de la ley no es posible; y el elemento *moral* (designio criminal, intención) sin el cual la violación material del derecho es una desgracia accidental. Así, pues, la participación de varios individuos en un delito puede existir en uno solo de estos elementos ó en ambos. De allí resulta naturalmente la división de esta teoría según que se considere: ó un concurso de *acción* sin concurso de *voluntad*—ó un concurso de *voluntad*, sin concurso de *acción*—ó un concurso acumulativo de *acción* y de *voluntad*.

I.

CONCURSO DE ACCION SIN CONCURSO DE VOLUNTAD.

§ 432.

Este primer caso se presenta siempre que alguno ayuda á cometer un delito, sin saberlo ni quererlo. El cuerpo de esta persona ha concurrido eficazmente á la fuerza *física* del delito, pero su alma no ha tenido parte

en él: ella no ha concurrido á la fuerza *moral* del delito. Falta la intención de violar la ley, y si bien la acción ha ofendido á ésta materialmente, no es imputable con relación á este individuo.

§ 433.

Esto puede suceder de cuatro maneras diferentes; su variedad corresponde á las diversas formas que ha revestido la intención de aquel que á su pesar cooperaba al delito. Pero el resultado es siempre el mismo en cuanto á la no imputabilidad de la persona.

§ 434.

1º—Ha podido existir una *intención* distinta *inocente:* se ha creído prestar concurso para una cosa lícita, mientras que en realidad un malvado ha sacado partido de aquel acto para violar la ley.

§ 435.

2º—Ha podido existir una *intención* distinta *criminal:* (1) Cayo ha creido ayudar á Ticio á cometer un delito de menor importancia, en tanto que en realidad éste, aprovechándose de su ayuda, ha consumado *fraudulentamente* un delito más grave, que Cayo no había previsto ni querido. En este delito ulterior Cayo ha tenido parte con su cuerpo, pero no con su alma: Eisenhart, *De criminum sociis*, § 28, y Hoorebecke, *De la complicité*, p. 328. Una regla que no se debe olvidar jamás en la teoría de la complicidad es la siguiente: *el hecho material puede comunicarse* entre varios participantes, la *intención* no es jamás *comunicable* de individuo á individuo. Esta manera de considerar la *intención* distinta *criminal* no es una innovación, y la regla que yo

deduzco no es tampoco nueva. Ella no ha escapado á los jurisconsultos romanos, quienes han resuelto el problema por la regla de la *no complicidad.* Véase la *ley* 53, *Dig. de furtis.* El jurisconsulto Paulo supone que una persona, *injuria causa,* ha forzado una puerta, lo que ha permitido á otro entrar y robar; y él decide que *non tenetur furti* porque *maleficia voluntas et propositum delincuentis distinguunt.* Esto es lo que repite Ulpiano, *l.* 39, *Dig. eod.,* sobre lo cual se puede ver á Suárez en su comentario *ad leg. Aquiliam* (Meerman, *thers. vol.* 2, *p.* 115, *n*.º 15). El error que consiste en contentarse con el hecho *material* para constituir con él sólo la complicidad, sin mirar si ha existido en realidad el concurso de la *intención,* no es sostenible teóricamente, y nadie osa sostenerlo; se cae en él solamente algunas veces en la práctica.

---

(1) La fórmula *intención* distinta *criminal,* que se une estrechamente á los principios fundamentales de la imputabilidad, resuelve un problema que ha atraído las observaciones de los criminalistas contemporáneos.—Una sentencia de los tribunales de Francia, del 4 pluvioso año XIII, condenó á muerte, como culpable de *asesinato,* á un joven que había prestado á su amigo un bastón del cual se sirvió éste para matar á su rival. La sentencia declaraba expresamente que *estaba probado* que el amigo no le había prestado su bastón sino después de la promesa solemne de que *no mataría* á su rival. A pesar del reconocimiento formal de esta circunstancia, este desgraciado fué condenado á muerte y decapitado, en ejecución de la ley francesa, que asimilaba como hoy, en cuanto á la pena, el cómplice al autor principal. En 1861, Benoît-Champy ha publicado en París un excelente libro sobre la complicidad, en el cual relata esta atroz sentencia, y se vale de ella para demostrar que la ley debería distinguir, en cuanto á la pena, al cómplice del autor principal. En seguida Thiengou, haciendo un análisis sucinto de la obra de Benoît-Champy, vuelve á tratar de este hecho cruel, y se sirve de él para deducir otra consecuencia. Dice que la ley debería dejar á los jueces el poder de modificar la pena según los casos. No quiero discutir ni la conclusión de Benoît-Champy (que acepto en principio como perfectamente justa), ni la conclusión de Thiengou. Pero sí digo que en el caso del año XIII no había necesidad de modificaciones legislativas para impedir la injusta sentencia. Digo que si los jueces hubieran recordado los verdaderos principios de la ciencia, aquel infeliz se hubiera salvado sin corrección de la ley, sin poder arbitrario. En efecto, su *voluntad* jamás había tendido al homicidio. Él había prestado una arma, pero con la certidumbre de que ella no se convertiría en un instrumento de muerte. ¿Có-

mo, pues, declararlo cómplice de un asesinato? Si el autor principal ha premeditado el homicidio, el otro que no lo ha querido no ha podido *premeditarlo*. Los jueces han sustituído, pues, el concurso *material* al *intencional*, la cooperación material á la intencional. Se ha declarado cómplice de un acto á aquel que *ciertamente no lo había querido*. La razón de condenar á muerte al acusado se encontraba en el *dolo calificado*, en la *premeditación*. Cualquier cosa que pudiera decirse en cuanto al resultado *más grave* derivado de los *medios queridos*, es indudable que la premeditación, que es una circunstancia que reside por completo en la *intención*, no puede *comunicarse*. Y aun admitiendo la hipótesis de que el *autor* había premeditado el homicidio, es cierto que se condenaría á un hombre *por la intención de otro hombre*, intención que aquél no había conocido, y en la cual no había tenido participación. De este modo la calificación, y por consiguiente la penalidad, serían *trascendentales* é injustas: equivaldría á aferrarnos judáicamente á la letra de la ley, mientras que debemos siempre, al interpretar sus disposiciones, subordinarlas á los preceptos soberanos de la razón y de la justicia formulados en las reglas de la ciencia. El principio que quiere que se destierre la idea de participación cuando se encuentra una intención criminal distinta, ha sido sostenido y desarrollado por Schuermans (*Précis de droit pénal*, p. 28 y 29) contra la doctrina francesa común. Es un fenómeno demostrado por la historia de cuatro siglos, que los jurisconsultos de los Países Bajos han sostenido más frecuentemente las doctrinas más dulces, mientras que los franceses por lo general han preferido las más severas. Véase sobre este importante punto: de Molènes, *De l'humanité dans les lois criminelles*. Por lo demás, en Italia el principio de la *no comunicabilidad* del dolo en sus diversos grados entre los que tienen parte en un hecho criminal, está universalmente admitido sin dificultad. Véase § 1135, en nota.

§ 436.

3º—Se ha podido obrar con una *intención indirecta negativa*, es decir, estar en estado de culpa. Pero en los actos que tienen carácter de culpa, no puede haber complicidad; ella implicaría contradicción. Es una regla absoluta la dada por Ulpiano (*l.* 50 § 2, *Dig. de furtis*): *Recte Pedius ait: sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.*

§ 437.

4º—Finalmente, ha podido haber una *intención imperfecta*, es decir, el cuarto grado del dolo. Aun en este caso no se admite la complicidad en principio, sino úni-

camente en casos particulares en que, á pesar del arrebato súbito de las pasiones, la voluntad de concurrir al delito cometido por otro puede dejarse ver *unívocamente* (§ 1307).

§ 438.

En una palabra, la teoría se resume, según los elementos constitutivos del delito, en una regla simple y absoluta: el concurso material, por más *eficaz* que haya sido, no produce jamás participación en el delito de otro, si no se ha tenido la intención formal (1) de ayudarle.

(1) Este principio fundamental encierra necesariamente la *no comunicabilidad* del *conocimiento*, de individuo á individuo. Si de varias personas que hieren á una mujer en cinta, uno *conocía* su estado de embarazo y los otros lo ignoraban, y resulta de aquel acto un aborto, bien que todos serían cómplices del delito de lesiones, los que no sabían el estado de la mujer no deben participar, como el que lo sabía, de la agravación de imputación que resulta del aborto. Si varios se unen para hacer violencia á una mujer casada, será responsable de *adulterio* forzado sólo el que conocía su estado, y no los otros que la creían libre.

2º

CONCURSO DE VOLUNTAD SIN CONCURSO DE ACCION.

§ 439.

La regla es completamente contraria cuando una persona ha concurrido por medio de la *voluntad* al delito que otra ha cometido, pero sin tener parte para nada en la *acción* material: el hecho de otro le es imputable con tal que su voluntad haya *ejercido sobre el alma del agente una influencia eficaz*, y su responsabilidad se mide según el grado más ó menos considerable de esta *influencia*.

§ 440.

Se dice entonces que esta persona es la *causa moral* del delito. No es el *pensamiento* lo que se le imputa (el derecho penal, siempre lógico, no persigue los actos internos); además de la operación interna, ha intervenido un acto *externo* que ha violado la ley, y entonces la *manifestación* del pensamiento se hace socialmente imputable, en cuanto ella ha inducido á la ejecución del acto externo violador de la ley.

§ 441.

Para que el concurso puramente *moral* prestado al delito de otro sea imputable socialmente es, pues, indispensable que haya producido una impulsión para cometer ese delito. Para esto es necesario que el pensamiento criminal haya sido *comunicado* al agente en una forma cualquiera, de suerte que lo haya inducido á obrar. Entonces es natural que se haga responsable del *acto* aun á aquel que *nada ha hecho*, porque la acción del agente material se remonta á él como á su *causa*. No es que exista un delito sin *fuerza física:* ésta se halla en la otra persona, y con eso basta; en efecto, la diferencia entre las dos fuerzas consiste precisamente en que la física *se comunica* entre los que tienen parte en el delito, si existe el concurso *moral*, y según la naturaleza de este concurso.

§ 442.

Según que sus caracteres varíen, la manera de ser de la participación *moral* varía también; de ahí resultan cinco formas diversas de *complicidad*. Éstas son: 1ª el *mandato;*—2ª la *orden;*—3ª la *violencia;*—4ª el *consejo;* 5ª la *asociación* criminal. Un legislador puede, si quie-

re, reducir estas diferentes clases de participación *moral* á una sola, contentándose con el término *instigación* para expresarlas todas. Pero la instigación es un género que comprende varias especies separadas una de otra por los rasgos más pronunciados, y la ciencia necesita estudiar cada una de estas especies, presentándolas bajo nombres distintos. Cuando existen diferencias esenciales entre dos cosas, la costumbre moderna de reunirlas bajo un solo nombre no hace más que llevar la confusión al lenguaje, siendo impotente para destruir las diferencias *reales*.

§ 443.

1º Hay *mandato—cuando una persona encarga á otra de ejecutar un delito, en interés y por cuenta exclusivamente de la primera.*

§ 444.

2º La *orden* es—*un mandato de cometer el delito, impuesto con abuso de autoridad*, por un superior á su inferior.

§ 445.

3º La *violencia* (en el sentido en que nosotros tomamos esta palabra, es decir, en tanto que ella es causa de *acción* y no de *reacción*) es—*un mandato de cometer el delito, impuesto con la amenaza de un mal considerable.*

§ 446.

Es evidente que la *orden* y la *violencia* no son más que *mandatos calificados* ó por el abuso de autoridad ó por la intimidación.

§ 447.

Estas dos formas de complicidad *moral* tienen de particular solamente, que se disminuye la imputación del autor físico y se aumenta la del que ha sido la causa moral del delito, en proporción á la influencia que puede haber ejercido sobre el alma del agente la autoridad ó la amenaza. El aumento y la disminución correspondiente pueden llegar hasta descargar de toda responsabilidad (§ 288) al autor físico, y hacer recaer sobre la *causa moral* toda la imputación del hecho. Esto sucede cuando la persona que ejecuta debe ser considerada, no como un instrumento *activo*, sino como un instrumento puramente *pasivo* de la otra; ya sea porque ella no ha tenido una voluntad *libre*, como puede acaecer en el caso de violencia, ó porque no haya tenido una voluntad inteligente, como puede acontecer en el caso (§ 316) de orden.

§ 448.

Salvo este caso particular, las reglas relativas á la *orden*, á la *violencia* y al *mandato* son las mismas.

§ 449.

4º—El *consejo* es:—*la instigación que tiene por objeto impulsar á otro á cometer un delito en interés y por cuenta exclusivamente del último.*

§ 450.

5º—La *asociación* es:—*una convención habida entre varias personas con el fin de consumar un delito en interés común ó respectivo de todos los asociados.*

§ 451.

La *asociación*, el *consejo* y el *mandato* tienen de común que en sí mismos no pueden ser considerados como tentativas del delito que ha constituído el objeto de la convención, de la instigación ó del mandato; ciertamente, ellos no constituyen un comienzo de ejecución del delito. A no ser que se les quiera perseguir como culpables de delitos *sui generis*, existentes por sí mismos, el mandante, el instigador y el asociado no pueden ser imputados como cómplices, en tanto que el autor físico no haya ejecutado por su parte al menos una tentativa del delito querido (1). Puede uno ser cómplice de una tentativa, pero no puede concebirse la tentativa de complicidad. Los práticos expresaban esta verdad por medio del aforismo: *mandans tenetur causa mandati, non ex mandato.*

(1) El mandato y la asociación para fines criminales pueden muy bien ser castigados como delitos *sui generis;* pero es un error de los más crasos ver en ellos una tentativa del delito al cual se tendía. En efecto, la tentativa tiene por condición esencial el *comienzo de ejecución* del delito querido, y cuando se dice *haz* ó *hagamos*, todavía nada se ha comenzado á *hacer.* Todos los ejemplos con que se ha intentado sostener la paradoja de la tentativa en el mandato, desnaturalizan la cuestión: ellos suponen que el comienzo de ejecución material ha tenido ya lugar. La *complicidad de tentativa* puede indudablemente existir siempre que el autor principal ha intentado, pero no consumado el delito. Si el asociado que había prometido su ayuda al autor principal se ha detenido á la mitad de la empresa y lo ha dejado solo, no habría razón para decir que existe una *tentativa de complicidad.* Hay un acto principal de ejecución al cual se refiere el hecho del asociado, no en razón de una *complicidad física tentada*, sino de una *complicidad moral consumada*. Pero cuando *nada se ha hecho* por ninguno de los asociados, habrá complicidad en cuanto á la convención (delito *sui generis); pero es una ilusión pretender que haya complicidad en cuanto al *hecho* cuando éste no ha existido. Una cosa es decir que el acuerdo precedente *une* mi persona al hecho que ha sido exclusivamente ejecutado por otros, y otra pretender que el acuerdo suple al hecho que jamás ha existido, haciendo sus veces.

§ 452.

El *mandato*, el *consejo* y la *asociación* tienen por

principal criterio diferencial la diversidad de repartición de la *utilidad* que del delito se reporta. Tal es la única demarcación posible que suministra la ciencia para distinguir estas tres variedades. Por lo demás, este es un criterio esencial, puesto que influye en la repartición de las fuerzas criminales, y es precisamente por esto por lo que debemos distinguir estas formas, si queremos apreciar según una justa proporción la imputabilidad respectiva.

§ 453.

Si el delito se ha llevado á efecto únicamente en interés de la causa moral, hay un *mandato* (1); si sólo en interés de la causa física, tenemos un *consejo;* si se ha cometido en interés común ó *respectivo*, tanto de aquel que lo ha ejecutado como de aquel que no ha contribuido más que con el designio criminal, hay *asociación.*

---

(1) Esta definición del mandato, que se pretende desterrar de la ciencia al otro lado de los Alpes, es una definición clásica. Véase Carpzovius, *Practica, pars* 1. *quæst.* 3;—Strykius, *Dissert. De mandato delinquendi;*—Nani, *Principi di giurisprudenza criminale*, § 136;—Carmignani, *Elementa juris crim.*, § 264, quien la desaprueba, es verdad, en cuanto á las consecuencias penales (por la especiosa razón de que la instigación para cometer un delito contrario á la moral supone un interés en aquel que es su autor); pero sin embargo no propone otro criterio, y mantiene la distinción entre el *consejo* y el *mandato.* Se comprende que á almas corrompidas no repugne aconsejar el mal sin ninguna ventaja propia, y que el interés del instigador perverso consista por completo en el placer de ver cometer el delito. Pero cuando el que es objeto de la instigación no tiene un interés propio, no se puede decir nunca que hay un *consejo*, y de la misma manera cuando el delito debe procurar toda la ventaja al que recibe la instigación, tampoco puede decirse que hay *mandato.* La circunstancia de que el delito sea ó nó beneficioso á su autor, conduce á decir que él lo ha ejecutado, ó por *su propia cuenta*, ó por *cuenta de otro*, ó por *cuenta común;* y este criterio de la distinción está en la naturaleza misma de las cosas. Tiene además, socialmente, importancia; en efecto, según que el autor del delito reporte ó nó de él alguna utilidad, se ve si debe considerarse enteramente ó sólo en parte como causa primera de él al instigador. Véase las *Instituzioni* de Giuliani, I, p. 189 (edición de 1856), y p. 203: *el consejo, á diferencia del mandato, aprovecha al que lo recibe, no al que lo da;*—Puccioni, *Saggio*

teorico practico, p. 105: *se cometeria un grave error confundiendo el consejo con el mandato. En el mandato, el que ha sido encargado emprende la ejecución del delito por cuenta y en interés del mandante; al contrario, en el consejo es únicamente en beneficio del que lo ha recibido que el delito se consuma.* En la redacción del código toscano se ha querido también abolir esta nomenclatura; pero hubo que conservar el *fondo* de ella; se ha hecho distinción entre los motivos *propios*, los *comunes* y los *exclusivos*. De suerte que todo el progreso ha consistido, no en corregir el pensamiento ó el principio, sino en confundir en la sola palabra *instigación*, la nomenclatura exacta y conveniente de la antigua escuela italiana. Se ha desdeñado repetir los vocablos *consejo* y *mandato*, pero se ha dicho en cambio: la persona que ha recibido la *instigación* tiene motivos *propios*,......no tiene motivos *propios*......tiene motivos *comunes*. Aquel que propusiera no decir *oro* ó *plata*, sino metal amarillo, metal blanco, estaría en la misma ilusión si creyera que había modificado la ciencia metalúrgica. Por otra parte, la teoría de los motivos *propios* se remonta á los más antiguos criminalistas: *Mandatarius dicens se omnino fuisse facturum homicidium relevat mandantem;* Galeota, *Consilia; in collectis per* Ziletum, I, *cons.* 110, *n*º 41, donde él cita á Baldus y á Marcilius. Los prácticos han comprendido todo esto y no les ha faltado sino el método.

§ 454.

La ley civil persigue aun á los que no han tenido parte en el delito de otro *sino moralmente*, porque ella encuentra aun en estas personas una *causa* de la infracción que debe reprimir. La potencia de una causa es tanto más grande cuanto menos necesita del *auxilio* de *otras causas* para producir el resultado. Ahora bien, el motor que impulsa más ordinariamente al hombre á violar la ley es la *utilidad* que espera obtener del delito.— Por consiguiente, la repartición de la imputación entre el autor físico del delito y el que no ha participado más que moralmente, debe graduarse según la repartición de la *utilidad*.

§ 455.

En el *mandato* se supone que el mandatario no tenía ningún interés en cometer el delito. Es, pues, el mandante quien ha sido la *causa primera* de él: sin el mandato, el mandatario no habría cometido ciertamente

un delito en el cual no tenía ningún interés, y por consiguiente la imputación del mandante debe ser mucho más fuerte que la que se imponga al asociado ó al instigador.

§ 456.

Es sobre esta idea sobre la que las escuelas y los códigos modernos han fundado la doctrina de la perfecta igualdad en la imputación del mandante y del mandatario. (1)

(1) Se funda la doctrina de la asimilación sobre la decisión de Ulpiano (1, 15, *Dig. ad leg. Corn. de sic.): nil interest occidat quis an causam mortis præbeat.* Leunclavius *(Ecloga basilicorum, fragm.* 355) cita esta máxima: *Mandator cædis pro homicida habetur;* por lo demás, no se la encuentra ni en el manuscrito florentino de las Basílicas, ni en el *Corpus juris* de Gebauer, pag. 1048. Renazzi, siguiendo en esto el sentimiento de Farinaccius (pars. V, *quæst.* 136, nº 6) querría que se castigara aun *más severamente* al mandante que al mandatario; idea que se refiere á una opinión de Barthole admitida por algunos doctores antiguos: Ciazzi, *dissert.* 26, nº 316. La asimilación ha sido enseñada por Carpzovius, *Practica, pars I, quæst.* 35, *nº* 54;—Gebauer, *De imputatione facti alieni, sect.* 1, § 7, y *sect.* 2, § 1;—Conciolo, *verbo Assassinium, resol.* 3; y generalmente por los prácticos. Son opuestos á la asimilación: Beccaria, por un principio de política; Carmignani por un principio de justicia; y Crell, *Dissert. de pœna instigationis; in ejus collect.*, fasc. 11, pan. 1939 y 1952. Es también sostenida por Haus, *Cours de droit pénal*, I, pag. 201.

§ 457.

Por lo demás, esta asimilación supone siempre dos condiciones: 1ª que haya un *grado de dolo igual* en el mandante y en el mandatario: si varía, la repartición de la imputación debe variar con él; 2ª *que en realidad* exista la razón del interés, es decir: que se trate de un mandatario *verdadero y propiamente dicho.* Si efectivamente el mandatario mismo tenía interés particular en el delito, el mandante tomaría más bien el carácter del asociado que no ejecuta nada, y se le asimilaría á este

asociado. Además, aun sin este interés, si se llega á saber que el primero que ha concebido el delito y buscado el medio de cometerlo, es el mismo mandatario, es necesario que la presunción ceda á la verdad. El mandante no es ya la causa *moral primera* del delito, se le debe imputar menos que al mandatario; en efecto, si ambos han querido el delito con igual fuerza de voluntad, el mandante lo ha querido solamente y el mandatario lo ha querido y lo ha ejecutado.

§ 458.

En la *sociedad* el interés es *común*. *Los dos asociados* son, pues, la causa moral del delito. Pero la causa física de este delito la constituye solamente el asociado que lo ha ejecutado. Por consiguiente, en igualdad de causa moral, la causa física prevalece y hace que se deba imputar más el delito al asociado que lo ha ejecutado, y menos al asociado que no lo ha ejecutado.—Si todos los asociados han concurrido á la ejecución ó á la consumación, no hay ya solamente un concurso de voluntad, sino también un *concurso de acción*, y la imputación de los delincuentes se gradua según la parte que hayan tenido en la acción, como lo veremos más adelante (§ 471).

§ 459.

En el *consejo* se supone que el que lo ha dado no tiene ningún interés en el delito, y que éste reporta ventaja exclusivamente al que ha recibido el consejo y lo ha ejecutado. Sin embargo, se puede admitir que éste habría cometido el delito aun sin el consejo del otro. Por lo tanto, mientras se mantenga en el que lo ha ejecutado la plenitud de la imputación, al autor del consejo de-

be imputársele menos que al mandante ó que al asociado, y aun puede no tener imputación alguna.

§ 460.

La imputabilidad ó no imputabilidad del consejo depende del *grado de influencia* (1) que él ha ejercido sobre el delito. De aquí proviene la distinción entre el *consejo simple* ó exhortativo, y el consejo *eficaz*.

(1) Tissot quiere que se distinga entre el *consejo* y la *orden;* él ve en el primero una participación puramente *intelectual* (participación en la *idea*) y en la segunda una participación *moral* (participación en la *determinación*). Esta distinción puede ser exacta ideológicamente; en efecto, la determinación (acto de *voluntad*) es una cosa bien diferente de la idea (acto de pura *inteligencia*). Pero cuando se supone un consejo *eficaz*, se sale del dominio de la pura concepción de una idea, y se entra necesariamente en el de la determinación, porque esta concepción ejerce precisamente sobre la voluntad una presión que la determina. Y cuando se supone el *dolo* en el autor del consejo, este dolo no puede consistir más que en la intención de conducir hacia el delito la *determinación* de otro. Si falta esta intención, se puede estar en los términos de la simple *imprudencia;* falta al delito el *concurso de la voluntad.* De lo contrario, el químico que publica un descubrimiento que ha hecho sobre la fabricación de un veneno, sería responsable del envenenamiento qne otro hubiera cometido, instruido por su libro.

§ 461.

La *eficacia* del consejo se deduce de la *certeza* adquirida de que una *influencia* ha sido voluntariamente ejercida, por medio del consejo, sobre el alma de una persona inclinada al mal; influencia que la ha determinado más fácil ó aun exclusivamente á obrar. Esta es una cuestión de hecho sobre la cual la ciencia no puede dar más que una fórmula general (1). Sin embargo, es cierto que la eficacia debe ser tanto *objetiva* como *subjetiva.* No es suficiente que una palabra imprudente haya determinado á otro á cometer el delito, es necesario que haya sido proferida con esta *intención:* sin esto no hay

dolo en el consejo. Tampoco basta con que haya habido en el consejo una eficacia *subjetiva*, es necesario que sea también *objetiva*. Un hombre persigue arma en mano á su enemigo: le gritan: *¡mátelo!* y lo mata; pero se prueba que *no ha oído esta palabra*. En esto es en lo que consistía la *eficacia real* del consejo.

---

(1) Encuentro indicada en el *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de Berner, *lib.* 3, § 107 y sig., una distinción ingeniosa y que merece ser señalada entre el que impulsa al *autor principal* hacia el delito y entre el que impulsa al *auxiliador* á ayudarlo. Esta distinción debe meditarse y utilizarse, pero concordándola con la regla de que no se admite *complicidad* de *complicidad*, y determinando las excepciones que se pueden hacer á esta regla.

§ 462.

Debe notarse que el consejo es siempre imputable, porque es indudablemente eficaz (suponiendo que hay *dolo* en el que lo da), cuando ha sido acompañado de instrucciones que en seguida han *servido efectivamente* para la ejecución del delito. En este caso el consejo ha ejercido una influencia no solo sobre la determinación, sino también, en cierto modo, sobre la misma acción.

§ 463.

Debe notarse también que el consejo merece el más alto grado de imputación cuando se puede afirmar que *sin él no habría sido cometido* el delito. En efecto, si es cierto que la utilidad, que no aprovecha más que al autor del consejo, ofrece en sí misma una causa suficiente para la determinación criminal, esto no es más que una pura *presunción* de influencia, y debe, como todas las presunciones, ceder á la prueba en contrario. Sin embargo, el consejo, cualquiera que sea el efecto, debería siempre, á mi parecer, imputarse menos que la ejecución.

§ 464.

Hay una forma particular de participación en el delito de otro sin *concurso de acción*, que los autores llaman, ya complicidad *negativa* (Tissot, *Droit pénal*, I, p. 119); ya *connivencia* (Puttmann, *opusc.* 3; Ras. *De vinculo cognationis);* ó ya *reticencia* (Randwjick, *De reticentia).* Consiste en guardar silencio sobre un delito que uno sabe debe ser cometido por otro, en no denunciarlo á la autoridad, y dejar, por lo tanto, que se consume. La imputación de este silencio como delito se funda, según algunos, en la utilidad social; y en los delitos de Estado ciertos legisladores lo han llevado á las más extrañas consecuencias (1). Otras personas la justifican por medio del principio de solidaridad defensiva de los ciudadanos (2). Sea lo que fuere de la imputabilidad de este *silencio* (ya sea respecto á los delitos *por cometer*, ó en cuanto á los *cometidos)* considerado como hecho *sui generis* y como delito que tiene una existencia propia, es cierto que nunca se pueden encontrar en él los caracteres de la *complicidad.* Como no hay concurso de *acción*, la participación fundada sobre el puro concurso *moral* exige un acto positivo y eficaz de la voluntad, que manifieste adhesión al delito. Ahora bien, esta adhesión, en el caso propuesto, no tiene más fundamento que una *presunción:* la presunción de que quien ha conocido el designio criminal de otro, y descuida declararlo, *quiere* la consumación del delito. Por lo tanto, esta pretendida complicidad asimila un estado positivo á uno negativo de la voluntad; ó, fundándose sobre la *presunción* de un deseo, convierte este *deseo* presunto en una voluntad deliberada; y de suposición en suposición se llega hasta atribuir á una voluntad culpable lo que puede ser efecto del pudor, del temor de un peligro personal, ó de la conmiseración.

(1) Teschmaker, *De jnre silentii;*—Gebauer, *De imputatione facti alieni;* este autor dice que uno es culpable de robo, si presenciándolo no grita al ladrón;—Strykius, *De imputatione facti alieni*, cap. I, nº 70, y *cap.* 5, *nos.* 86 *y* 90; y *Disp. de credentiæ revelatione, cap.* 5*;*—Gundlingius, *De silentio in crimine majestatis;* Puttmann, *Adversarior*, II, cap. 31, pag. 204. Esta doctrina viene en linea recta del derecho penal del imperio romano, y la energía con que Beccaria, Montesquieu y Filangieri la han combatido, no ha impedido que algunos códigos modernos impongan penas muy severas contra la falta de revelación: código francés, artículo 104; código austriaco, artículos 54 y 55; código napolitano, artículo 144; código del Tesino, artículo 108. Se ha dicho recientemente: la impopularidad de las penas con las cuales se amenaza al que no quiere servir de espía, proviene únicamente de que se ha restringido esta disposición para los delitos políticos; generalizadla y será popular. En cuanto á mí, no creo en esta predicción.

(2) Código portugués, artículo 8; é Informe de la comisión, cap. 7, en el cual se aplica á la falta de revelación la imputación de la *adherencia*. La idea de la *solidaridad defensiva* de los miembros de la sociedad, en virtud de la cual se hace un deber cívico de la prevención de los crímenes, y un delito de la violación de este deber, no es una concepción de los modernos: Zezas, *Legislation russe*, pag. 40. Los modernos la han vuelto á poner en boga. Ha sido sostenida por Hencke, Oersted, Kænigswarter. Voy. Haubold, *Exercitat*, II, pag. 548 y sig., y otros. Winckler, *(De crimine omissionis*, § 36*)* señala un gran número de estatutos que han castigado como un delito *especial* el hecho de *no haber impedido* ó de *no haber revelado* el delito proyectado ó cometido. Sea lo que fuere de esta grave discusión, cuyo lugar no es éste, bastará por el momento afirmar que el hecho de *no haber revelado* ó de *no haber impedido* no pueden jamás constituir una *complicidad* verdadera, porque no hay ni concurso de acción ni concurso de voluntad.

3º

CONCURSO DE VOLUNTAD Y CONCURSO DE ACCION.

§ 465.

Concurre al delito por medio de la *voluntad* y de la *acción*, el que no solamente *quiere* la violación del derecho amenazado por el delito, sino que también interviene *personalmente* en alguno de los actos que constituyen la fuerza física subjetiva ó, en otras palabras, el elemento material del delito.

Para calcular bien el grado de imputación que merece esta forma de participación, es necesario distinguir en el elemento material de la acción criminal tres momentos diversos: la *preparación*, la *ejecución* y la *consumación*. La confusión del primero de estos momentos con el segundo, y del segundo con el tercero, ha producido equivocaciones. Ya en la materia de la tentativa (§§ 393 y 398), hemos hecho notar que la *preparación* se distingue de la *ejecución* por la *univocidad*, y la *ejecución* de la *consumación* por la *presencia continuada* (y no solamente accidental) del sujeto pasivo de la consumación. Son preparatorios los actos que se refieren *unívocamente* al delito; así, por ejemplo, el hecho de proverse de un cincel. La ejecución comienza cuando los actos adquieren la *univocidad* criminal, por ejemplo, cuando el ladrón ha puesto el cincel en la puerta para forzarla. Y si bien hay la certeza de que el acto tendía á *un delito*, como no se tiene la seguridad de si es á un delito *más grave* ó á un delito *más leve*, se hará prevalecer la probabilidad de que es al delito más leve al que se refería la tentativa. Pero no hemos llegado á la *consumación*, porque el sujeto pasivo del robo no debe ser esa puerta. Llegaríamos á la *consumación* tan luego como el ladrón ejerciera su acción sobre la cosa que quiere robar. Si en la tentativa la definición de los actos preparatorios conduce á eximirlos de toda imputación, en razón á la incertidumbre de la tendencia criminal de ellos, es evidente qus en materia de complicidad el suceso de la consumación efectiva revela con certeza la dirección de los actos, aun puramente *preparatorios;* de suerte que el resultado de esta definición no puede jamás, en la complicidad, ser idéntico al que ella produce en la tentativa. Esta observación nos parece decisiva en favor de la fórmula de que la calidad del acto *preparatorio* no puede deducirse de otro criterio que *de la univocidad*. Si el acto preparatorio fuera no imputable

únicamente *porque es preparatorio*, no sería imputable al cómplice que se hubiera limitado á actos de esta especie.

§ 466.

En materia de concurso material en el delito de otro, la distinción de estos tres momentos hace nacer diversas clases de participación. De la participación en los actos de consumación resulta la *corresponsabilidad (correità);* de la participación en los actos precedentes (de ejecución ó de preparación (1)) resulta el *auxilio*, sea próximo, sea lejano. De la participación en los actos posteriores á la consumación resulta la *adherencia*, y la *protección del culpable contra la justicia (favoreggiamento)*,

(1) Mittermaier, en sus observaciones sobre el código de Bremen, ha parecido dudar de la imputabilidad del auxilio cuando no consiste más que en la participación en los actos preparatorios; objeta su analogía con la tentativa. Pero esta duda y esta analogía carecen de fundamento: en efecto, en el caso de la tentativa se supone que faltan los *actos de ejecución*, que revelarían el fin de los actos preparatorios; en tanto que en el caso de la complicidad se supone que esos actos de ejecución han sido hechos, pero por otros.

§ 467.

Cuando la participación ha sido *concomitante* con los actos de consumación, aquel á quien es imputable es un *correo*, aunque no haya tenido parte en estos actos más que por medio de la *palabra* ó por la simple *presencia* sin hacer nada. La *palabra* instigadora que produce solamente el *concurso moral*, si es *anterior* á la consumación del delito, toma el carácter de concurso *material* cuando es concomitante al momento de la consumación, y se confunde con él en razón á la unidad de tiempo.

§ 468.

La simple *palabra puede* todavía constituir un elemento *físico* de participación en el delito de otro, aunque preceda á la consumación, cuando ha *influido* no *solamente sobre la voluntad del agente* sino *directamente sobre el hecho*, en tanto que forma parte de la *acción.*— Esto se ve, por ejemplo, en el que de acuerdo con el asesino, ha comprometido á la víctima por medio de palabras engañosas á ir donde el asesino la esperaba. Aquí la palabra no ha tenido solamente una influencia *moral*, sino una *influencia física* sobre el hecho criminal, y está comprendida en el concurso, no de simple voluntad, sino de voluntad y acción; sin embargo, en semejante hipótesis, no constituirá la *corresponsabilidad*, sino el auxilio.

§ 469.

La sola *presencia*, aunque no sea más que un acto *negativo*, toma el carácter de corresponsabilidad, cuando reune las dos condiciones de haber sido *eficiente* y de haber *tenido por objeto* facilitar la ejecución. En este caso, la *presencia* inactiva es un momento material que se une á la *fuerza física* del delito.

§ 470.

El *correo* es imputable de la *misma manera* que el autor físico del delito. Es un accidente el que la mano de uno en vez de la mano de otro haya ejecutado el acto final por el cual se ha violado la ley. Se considera este acto como ejecutado por cada uno de los criminales que á sabiendas han asistido á él en persona. Esta asistencia, aunque inactiva, vuelve más osada la consumación del delito é impide defenderse á la víctima; esto

basta para que se le aplique la relación de causa á efecto, relativamente al delito al cual tendía actualmente la voluntad de todas las personas presentes.

§ 471.

Hablando con propiedad, el *correo* se distingue del *coautor*. Es *coautor, stricto sensu,* aquel que participa activamente en el último acto de consumación del delito. Conocido es el ejemplo romano de los dos ladrones que llevaban cada uno sobre la espalda el extremo de una viga robada: la misma idea se puede aplicar á muchas otras especies. *Correo* es una palabra que expresa la *corresponsabilidad* (*corresponsabilità*). *Coautor* designa el *concurso activo* en el acto que verdaderamente ha consumado la violación de la ley. Ambos son, según la opinión común, imputables igualmente. Pero la distinción entre el *correo* y el *coautor* puede presentar interés en la cuestión relativa á la comunicabilidad de las circunstancias agravantes.

§ 472.

Cuando la participación dolosa en la acción ha sido sólo *anterior* á los actos de consumación, aquel á quien es imputable se llama *auxiliador*. La fuerza física del delito ha recibido de él una impulsión menor que de los que han tenido parte en la consumación. Es el acto de éstos el que ha violado la ley, sin lo cual el hecho del *auxiliador* podía quedar inocente. Además, la voluntad criminal ha perseverado en ellos hasta el cumplimiento del delito, en tanto que no se sabe si el auxiliador habría perseverado igualmente (1).

(1) Esta es la razón fundamental que demuestra la injusticia absoluta del sistema de la asimilación de los cómplices con los autores. En los

primeros hay menos fuerza física desde el punto de vista del efecto que producen, y menos fuerza moral desde el punto de vista de la perseverancia. Beccaria, extraviándose en la investigación de argumentos empíricos, ha dicho que sería bueno castigar menos á los cómplices porque sería más difícil encontrar autores. Pero se ha vuelto el argumento contra él diciéndole que si se castiga menos á los cómplices, se encontrarán éstos con más facilidad. La réplica destruye el argumento. Por lo demás, tanto la réplica como el argumento son viciosos, porque conducen sin razón al terreno de la utilidad una cuestión que debe decidirse únicamente por los principios de la justicia. El código francés de 1810, especie de anacronismo, ha adoptado el principio de la asimilación, y la escuela francesa se ha adherido á él obstinadamente. Voisin ha consagrado una sabia disertación *(De la complicité)* á sostener, por medio del argumento histórico, el principio de la asimilación. Según él desde los Griegos y los Romanos hasta nosotros, casi todos los monumentos legislativos muestran la preponderancia de este principio. En cuanto á mí, no reconozco ningún valor á la argumentación histórica en una cuestión que debe ser resuelta por los principios del derecho. Además, el trabajo de Voisin revela en cada página la parcialidad. En primer lugar, ha escogido los textos que existen en favor de su tesis (y sin embargo ha tenido que citar algunos que la combaten). En segundo lugar, ha desnaturalizado algunas veces el sentido de las leyes que cita. En tercer lugar, presenta disposiciones especiales como si tuvieran un alcance general. Este es un error capital en el cual se ha caído en materia de derecho romano, como lo han demostrado sin réplica Geib y Nicolini. Nosotros también tenemos hoy en día leyes especiales contra el pillaje, las cuales asimilan los cómplices á los autores y la tentativa á la consumación.—¿Podrían nuestros sucesores deducir de estas leyes que los tres códigos criminales que rigen en la actualidad en Italia (el código sardo de 1859, el código sardo modificado por las provincias napolitanas y por Sicilia y el código toscano de 1853) obedecen al principio de la asimilación?—Ortolán hace derivar la palabra cómplice del verbo *plectere* (castigar): *complectere*, *complexus*, *complex*, *complice*. La etimología puede ser muy exacta, pero la consecuencia que nace de ella naturalmente, es que *complectere* debe significar castigar *con (insieme)* y no castigar *igualmente*. Y en efecto, Ortolán es del corto número de los criminalistas franceses que reconocen la justicia de una repartición de imputación desigual, según la diferente influencia en la participación.

§ 473.

La justicia exige, pues, que se aplique al *auxiliador* una imputación *menor* que la que se aplica al autor principal. (1)

---

(1) Aunque la ordenanza de Blois, en el artícnlo 194, sentó la regla de la asimilación en la pena, no se ha dejado de encontrar este principio demasiado severo, aun entre los antiguos jurisconsultos franceses: Henry,

Œuvres, liv. 4, cap. 123. Pero los modernos han pretendido justificarla empleando un juego de palabras: "¿Qué tiene de injusto, exclaman, que la ley *asocie en la pena* á los que están asociados en el delito?" Tales son los argumentos que con frecuencia deciden de la vida de los hombres!

§ 474.

Esta imputación se gradúa tomando por criterio la *influencia* más ó menos grande que el auxilio ha ejercido sobre la consumación. De aquí la distinción entre el auxilio *próximo* y el auxilio *lejano* (1), distinción análoga á la de la tentativa. Generalmente, la participación en los actos de ejecución constituirá el auxilio *próximo*, y la participación en los actos *preparatorios*, el auxilio *lejano*. Digo *generalmente*, porque algunas veces el auxilio, aun en los actos *preparatorios*, puede dejar un *resultado material* que figurará más tarde entre los momentos de la consumación; es decir que, unido á estos momentos, el acto del cómplice puede presentar tal influencia, que deba considerársele como un auxilio *próximo:* así, por ejemplo, la confección del veneno es un acto preparatorio, pero el que á sabiendas ha preparado el veneno para el envenenador, me parece un auxiliador próximo, porque el *resultado* de su acción ha figurado de una manera eficaz entre los momentos de la consumación. Esta relación íntima del resultado material del acto preparatorio con la consumación, une á ella jurídicamente la persona que dolosamente lo ha ejecutado con este fin, aunque el acto (la preparación dolosa del veneno) sea de la naturaleza de los actos preparatorios y esté separado por una larga serie de momentos intermedios, tal vez por un intervalo de varios meses, de la consumación del envenenamiento.

(1) Wolthers, *De auctoribus et sociis delictorum*, pag. 117.

§ 475.

Esta comparación importantísima de la diferente gravedad social de los actos preparatorios en la tentativa y en la complicidad es, lo repito, una prueba ulterior de la exactitud de la fórmula que he adoptado, cuando he afirmado que el verdadero criterio de los actos preparatorios en la tentativa inocente, no es la simple posibilidad del arrepentimiento (que es común á toda tentativa) sino la falta de univocidad. Esta es siempre una cuestión de *conocimiento*. En la tentativa, la imposibilidad de los terceros de *conocer* la verdadera dirección de estos actos, cuando no han sido seguidos de actos ulteriores, los vuelve inocentes. En la complicidad, el *conocimiento* que tenía el cómplice de su destino añade al concurso físico el concurso moral. Y si los actos preparatorios han sido seguidos de actos ulteriores, el que ha tenido parte en los primeros es indudablemente imputable, y lo es algunas veces en más alto grado que lo que puede serlo el auxilio. Este grado más alto de la imputación del auxilio, que puede llegar algunas veces, por excepción á la regla general, hasta á la asimilación en la pena, es el que se encuentra en el cómplice *necesario*.— Se llama cómplice necesario al que ha concurrido á la acción con un acto sin el cual el delito no habría podido consumarse. Esta fórmula, en práctica, encontrará difícilmente aplicación, pero es la única exacta. Es necesario, sin embargo, guardarse de entenderla en el sentido concreto; en efecto, cuando un hecho ha tenido lugar, todas las circunstancias que han concurrido en la especie pueden tomar el carácter de circunstancia indispensable á esta forma dada del hecho; pero no basta para decir que ellas sean necesarias á la forma genérica del delito (1).

---

(1) Cuando Ticio ha matado á su enemigo con un puñal que le ha-

bía sido dolosamente proporcionado por Cayo, se podría pretender que Cayo es un cómplice *necesario*, porque este hecho *particular*, á saber, el homicidio con *este puñal*, habría sido imposible si Cayo no hubiera suministrado el puñal. Según este razonamiento sofístico, cualquier persona que hubiera proporcionado el instrumento que sirviera para cometer el homicidio, sería cómplice necesario. Pero esto es un error. Berner ha desarrollado esta idea con su acostumbrada exactitud (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, tit. III, *De la complicité*, § 107); él hace notar que la *necesidad* debe ser considerada no desde el punto de vista concreto y accidental, sino desde el punto de vista *abstracto*, lo cual expresa con la fórmula de que *ella debe derivar de la naturaleza del delito.* Así en la bigamia, el incesto, el adulterio, el duelo, la corrupción y la subordinación, el delito no puede consumarse sin el concurso de dos participantes; y aquí la complicidad es verdaderamente *necesaria.* Pero no se puede decir otro tanto en los demás casos. El pillaje, la conspiración y otros crímenes semejantes, exigen sin duda cierto número de personas, pero no se puede decir que cada uno de los individuos que hayan tenido parte en un robo ó en un complot, hayan sido *necesarios* al delito, de tal manera que sin ellos no habría podido consumarse. En semejante caso, el concurso es (según el lenguaje de Berner) puramente *facultativo.* Cuando en la Parte General del Curso exponemos la teoría de la complicidad, no nos referimos más que al concurso *facultativo.* El concurso *necesario* será examinado á propósito de ciertos delitos especiales. A pesar de estas dificultades, se ha juzgado con razón que la cuestión de saber si la complicidad es necesaria, es una cuestión de *hecho* y no una cuestión de *derecho:* Corte de Casación de Palermo, 2 de mayo de 1865.

§ 476.

Cuando la participación material en el delito de otro ha sido *posterior* al acto de consumación, es necesario distinguir: ó bien este concurso *había sido prometido* al ejecutor del delito *anteriormente* á la consumación de este delito, ó bien *no había sido prometido.* Aun cuando estuviera convenido anteriormente, el acto físico de participación, bien que materialmente posterior á la ejecución, constituye un *auxilio* y sigue las reglas concernientes á éste (1). Se carecería de razón, en semejante caso, si se objetara que un acto posterior no puede ser *causa* del acto anterior; en efecto, aunque él no haya tenido existencia *material* sino después del delito, el auxilio ha tenido al menos, por la convención, una existencia *intelectual* anterior; éste ha influido ó ha podido influir sobre la determinación criminal del autor físico,

quien ha podido resolverse, por ejemplo, á matar, porque estaba seguro de que el otro le ayudaría á enterrar el cadáver de la víctima. Es, pues, con razón que en estos participantes, á los cuales se ha llamado algunas veces *fautores ex compacto*, para distinguirlos de los *fautores accidentaliter*, se reconocían los caracteres de la verdadera complicidad. La eficacia *física* de su acción ha sido posterior, y la eficacia *moral* anterior.

(1) Que la promesa de una *protección contra la justicia, posterior* al delito, cuando ha tenido lugar *anteriormente* constituye una verdadera complicidad, es lo que ha expresado Barthole por medio de la excelente fórmula *quia spes data ad evadendum est auxilium ad committendum*. Por lo demás, la idea de que la protección posterior no constituye por regla general la complicidad, estaba ya admitida por los antiguos doctores: Barthole, *in leg.* 3, *Si quisque, Dig. ad*, S. C. Sil.;—Angelus, *De maleficiis, in verbo et Andream, num.* 5;—Placa, *lib. I, Delictorum*, cap. 16, nº 15;—Richter, *De homicidio*, pag. 802.

§ 477.

Si la participación no ha existido ni *intelectual* ni *materialmente* antes del delito, y tanto la *idea* como la *acción* del tercero han sido posteriores, entonces se debe distinguir de nuevo: ó bien el acto concebido y ejecutado posteriormente *no tenía por objeto* más que *sustraer* al delincuente *á las persecuciones de la justicia*, ó bien estaba *destinado á llevar* el delito *á consecuencias ulteriores*.

§ 478.

En el primer caso no puede existir la *complicidad*. Se encuentra en él un nuevo título de delito que tiene una existencia propia: es la *protección del culpable*, delito *sui generis* (1) cuyo objeto es la justicia pública. El derecho que el autor de este hecho creía violar, y que ha violado en efecto, no era, por ejemplo, el derecho que el

sujeto pasivo del delito tenía á la vida ó á la integridad de su cuerpo. Este derecho ha sido violado desde luego por el autor del delito. El derecho que el *fautor* ha querido violar, y que ha violado, es un derecho *universal:* el derecho que tienen todos los ciudadanos á que la justicia pública sea respetada efectivamente, y no sea e ludida ni conculcada.

(1) Berner, (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, tit. III, § 107) sigue también la doctrina común contemporánea que en la protección del culpable reconoce una forma criminal distinta del delito principal; pero observa que esto no es cierta sino en cuanto á la *noción*. Para la determinación de la *pena*, hace notar que no podemos dispensarnos de tener en cuenta la calidad particular del delito principal al cual se aplica la protección del culpable, y agrega que este método, propuesto por Bauer en su tratado, vol. I, pag. 464, ha sido adoptado por los códigos de Sajonia (1838, art. 38, y 1853, art. 61); de Wurttemberg, art. 90: de Darmstadt, art. 89; de Baden, § 143; de Hannover, art. 75; de Turingia, arts. 36 y 37; de Prusia, art. 38; y de Austria, art. 6.

§ 579.

Pero si el acto, aunque sea enteramente posterior, se ha referido á un delito no *instantáneo*, pero del género de los que se llaman *sucesivos* porque admiten una *continuación* en la ofensa del derecho principalmente atacado, si ha tenido por objeto facilitar este delito en su *continuación*, y si en efecto ha sido *continuado*, pienso que se debe ver todavía una verdadera complicidad aun en este acto posteriormente concebido y ejecutado (1).

(1) Admitiendo esta doctrina, la distinción entre los delitos *instantáneos* y los delitos *sucesivos*, se hace considerable; de otro modo. ofrece poco interés.

§ 480.

En este segundo caso, el acto es posterior á la *violación de la ley* y del derecho, pero no es posterior á la

conclusión de *la acción.* La ley y el derecho son siempre *susceptibles de violación* en el sujeto pasivo del primer delito, y si el acto posterior á la primera violación representa por sí mismo una *segunda violación* de la misma ley y del mismo derecho, el hecho debe definirse y medirse según la ofensa inferida á este derecho, y no según la ofensa á la justicia, la cual no existía más que en la intención del agente (1).

(1) Véase mi discurso *Sulla ricettazione dolosa di cosa furtive (Opuscoli,* vol. III, *opusc.* 43*)*; y el código del Brasil, art. 126, § 1. Pacheco *(Estudios de derecho penal, lección* 13*)* ha indicado como criterio de la noción de la *protección del culpable* la *irreparabilidad* del delito consumado.— Pero no ha deducido las consecuencias de esta observación, y la distinción entre el delito *irreparable* y el delito *reparable* no es una guía segura para distinguir los *fautores* de los *continuadores* del delito. El solo criterio exacto es el de la *continuabilidad* ó el de la *no continuabilidad* de la violación del derecho, porque esto es lo que da al delito el carácter *sucesivo,* y á los actos *posteriores* la *identidad* de *objeto* con los actos anteriores de consumación. Encuentro ya en Mommaerts *(De criminum fautoribus,* pag. 22, Lovanii, 1827) la idea de esta distinción: él la admite, pero sin desarrollarla: *Nam qui rem furtivam celat atque recipit non solum aliquatenus id efficere potest ut crimen impunitum maneat, sed etiam receptatores rerum furtivarum impediunt quominus res ablatæ domino restituantur. Ideo que* damnum ejus atque delictum furis quasi continuant. *Eo magis ii puniendi videntur si in lucro participent, quod plerum que fieri solet.*

§ 481.

Las antiguas escuelas han comprendido indistintamente en la complicidad *todos* los hechos *posteriores* al delito, aun los que no podían tener otro *fin* que el de procurar la impunidad al culpable. Esto era un error. El que entierra á la víctima de un homicidio sin haber prometido este servicio antes de la muerte, no puede ser considerado como cómplice de homicidio. Ha sido extraño, tanto material como moralmente, á la primera violación. El derecho de la víctima á la vida no podía ya ser violado y no lo ha violado ciertamente dando sepultura al cuerpo. Encontrar el *objeto* de este delito en el

derecho á la vida de la víctima, sería dar por objeto á un delito un derecho que ya no existe, que no era ya susceptible de violación y que en efecto *no ha sido violado* por el acto posterior.

§ 482.

Las escuelas modernas han corregido este error distinguiendo el *fautor* del *auxiliador*. Pero creo que se ha ido demasiado lejos en la corrección: sin distinguir entre los delitos *instantáneos* (empleo la fórmula de Ortolán) y los delitos que *continúan la violación del derecho* (Jousse los llamaba ya delitos *sucesivos*), sin distinguir entre uno y otro fin, se han hecho entrar en la clase de los delitos para la protección del culpable contra la justicia todos los actos que podían verificarse *después* del delito sin convención anterior. El que á sabiendas, *en vista de una ganancia*, hace fundir el dinero que me ha sido robado, con el objeto de que el ladrón pueda llegar al final de su delito (es decir, al enriquecimiento), no ayuda al ladrón á engañar á la justicia, sino á *consumar* la violación de mi propiedad. Él viola mi *derecho de propiedad*, el cual, á pesar del robo, permanece siempre íntegro y persistente, y es de esta violación de donde se debe deducir la medida de su imputación. Tal es al menos mi opinión, la cual está de acuerdo con la de los criminalistas italianos y con la de los criminalistas franceses más recientes.

§ 483.

En una palabra, la esencia material de la *complicidad* consiste en lo siguiente: en que el acto al cual se quiere aplicar esa noción haya sido *causa de la violación del derecho* que da nombre á la acción principal. Si este acto interviene cuando el derecho *no era ya suscepti-*

ble de violación, es contradictorio ver en él un acto de complicidad y no se puede perseguir más que como delito aislado según sus *fines* y sus *efectos*. Pero si el derecho *era siempre susceptible de violación*, si el acto ha sobrevenido *después de la primera violación*, lo ha *ofendido de nuevo* realmente, y si el *fin* del agente era precisamente el de atacar este derecho (como se ve con evidencia en el receptador del objeto furtivo que interviene en este asunto por deducir una ganancia), ese acto, que no puede ser considerado como *causa* de la primera violación ya consumada, puede ser considerado como *causa* (y lo es *realmente*) de una violación ulterior del derecho de propiedad. Ésta es una *continuación* de la primera ofensa (como lo ha hecho notar ingeniosamente Trebutien), y es un acto de complicidad.

§ 484.

Me parece, por lo tanto, que se pueden dividir en cinco categorías los que tienen parte en el delito de otro:—1ª los *motores*, que pueden ser *exclusivos* ó *concomitantes;*—2ª los *autores*, á los cuales se asimilan los *coautores* ó *correos;*—3ª los *auxiliadores*, los cuales pueden ser *próximos* ó *lejanos*, *necesarios* ó *accidentales;*—4ª los *continuadores;*—5ª los *fautores*. La *receptación*, como título *especial*, constituído por la *costumbre* de ocultar las cosas ó las personas, no se refiere en manera alguna al delito principal. Tan cierto es esto que, según algunos jurisconsultos, para que haya tenido lugar este título de delito no es siempre necesario que el delito haya sido consumado.

4º

ANOMALIAS DE LA IMPUTACION EN LA COMPLICIDAD.

§ 485.

Los principios fundamentales del derecho de castigar son absolutos (1); y precisamente porque son absolutos, las *reglas de aplicación* varían con los hechos; en efecto, la regla de aplicación debe siempre obedecer al principio, y no el principio ceder á esta regla.

(1) La creencia en esta verdad constituye la diferencia entre la doctrina penal científica y la *sedicente* doctrina penal empírica. Los que siguen esta falsa doctrina degradan el derecho penal hasta el punto de llamarlo una *terapéutica*, y hacen de él un arte experimental que nada tiene de común ni con la filosofía jurídica ni con la lógica.

§ 386.

Es un principio absoluto el de que la medida de la imputación está en razón compuesta de la fuerza moral y de la fuerza física del delito. Entre otras deducciones de este principio, hemos considerado las reglas según las cuales la imputación del mandante, del asociado, del consejero, del correo ó del auxiliador, se gradúa proporcionalmente á la del autor principal, según el más ó el menos que la complicidad presente en sus fuerzas física y moral respectivas. Pero estas reglas de proporción suponen el *estado ordinario* y normal del concurso respectivo de las voluntades y de las acciones.

§ 487.

Ahora bien, este estado normal puede desaparecer todas las veces que interviene una modificación, ya en las relaciones que los participantes tienen en sí, ya en sus

relaciones con la ley penal. Esto puede verificarse de tres modos diferentes:—1º si no ha habido *conformidad perseverante entre las voluntades* de los agentes;—2º si ha faltado la *conformidad de la acción con la voluntad* del participante;—3º si no ha habido *conformidad en la posición jurídica de las personas.* Para completar la teoría, falta explicar estos tres casos en los cuales puede presentarse una modificación. Recordaremos con Tissot el axioma en materia de derecho penal de "que cuanto más distingamos más cerca estaremos de encontrar la verdad".

§ 488.

PRIMER CASO.—Cesación de la conformidad de las *voluntades.* La *conformidad de la voluntad* del autor con la voluntad de su cómplice, y *viceversa,* debe haber existido en un momento cualquiera; de lo contrario, no habría complicidad en ninguna hipótesis (§ 432 y sig.)

§ 489.

Pero el *acuerdo* que ha existido una vez entre varios malhechores y que los ha ligado en una relación jurídica á los ojos de la ley penal, puede ser roto por un *cambio* de voluntad sobrevenido en *uno solo* de los asociados; y entonces las reglas varían según que esta enmienda se produzca en el delincuente *principal* ó en el delincuente *accesorio.*

§ 490.

Es imposible resolver este delicado problema sin proceder á la distinción de los casos. El principio fundamental es único: si cada uno de los que son llamados á responder de un delito puede ser imputable, aun en

razón de un hecho material que le es extraño, no puede ser imputable más que según el estado de intención que le es propio. El dolo es eminentemente individual; pero una vez que puede ser considerado como la causa impulsiva del hecho criminal, no es necesario que sea siempre concomitante con la consumación de este hecho.—Se encuentra una nueva y luminosa aplicación de estas verdades en las diferentes reglas que vamos á exponer en seguida.

§ 491.

Si se *arrepiente* el que debía ser el *ejecutor* del delito, debemos distinguir. O bien se ha arrepentido *antes* de haber *hecho algo*, y entonces su arrepentimiento aprovecha al asociado, al auxiliador, al mandante, en el sentido de que ningún *acto externo* de ejecución se ha producido, pues falta el *hecho principal* para fundar la imputación, y no se puede, sin falta de lógica, hablar de *complicidad*, es decir, del *accesorio* de lo que *no existe.*—El acuerdo criminal puede cuando mucho, en ciertos casos, imputarse al que ha perseverado en su voluntad culpable, como delito existente por sí mismo.

§ 492.

O bien el ejecutor se ha arrepentido *después* de haber ya realizado los actos externos que constituyen lo material de una *tentativa*, y entonces esta tentativa podrá no ser imputada al que se ha arrepentido. En efecto, en cuanto á él, habrá quedado imperfecto el delito por una causa voluntaria (§ 391), pero esta tentativa será siempre imputable al otro, puesto que con relación á este último el arrepentimiento del ejecutor es un caso fortuito *independiente de su voluntad*, la cual es contraria al accidente sobrevenido.

§ 493.

Mas si el arrepentimiento no se produce en el ejecutor, sino en el *mandante*, el *asociado*, el *consejero* ó el *auxiliador*, es también necesario distinguir.

§ 494.

O bien este arrepentimiento ha sido *ignorado* del ejecutor, el cual ha llevado el delito á su fin conforme al acuerdo primitivo, y entonces el arrepentimiento no sirve en manera alguna para excusar al participante, del mismo modo que él no ha servido para impedir la ejecución del delito al cual había dado una imputación eficaz.

§ 495.

O bien este arrepentimiento ha sido *conocido á tiempo* por el ejecutor, pero, á pesar de que conocía el cambio de su coparticipante, ha perseverado por su propia cuenta, y ha llevado el delito hasta el fin, y entonces es regla que el ejecutor es el único responsable.

§ 496.

Sin embargo, como esta regla se funda sobre la idea de que el delincuente accesorio, comunicando *á tiempo*, aunque no útilmente, su cambio de designio al ejecutor, ha *destruido* por su parte todos los *efectos* de su primer designio y del acuerdo primitivo, proviene de aquí que cuando esta condición falta es necesidad lógica reconocer la perseverancia de la imputabilidad en el participante, á pesar de su arrepentimiento y de la manifestación que de él haya hecho en tiempo útil.

§ 497.

Esto es lo que sucede cuando el participante *ha ayudado á los primeros actos ciminales, dado instrucciones, ó proporcionado medios* que han servido inmediatamente de un modo efectivo para consumar el delito. En este caso, el acto malvado del participante, que ha influido sobre el delito, no puede ser eficaz por el acto posterior de enmienda, el cual no ha sido suficiente para impedirlo. La imputabilidad subsiste á pesar de este vano arrepentimiento, á menos que el participante haya llevado su enmienda hasta hacer uso de todo su poder para impedir el delito.

§ 498.

SEGUNDO CASO.—Falta de conformidad *de la acción con la voluntad.* Esto tiene lugar cuando el ejecutor del delito produce un efecto más grave, viola un derecho más importante que el que tenían en mira sus coparticipantes. La orden del mandante, las instigaciones del consejero, el acuerdo del asociado, los preparativos del auxiliador tendían, por ejemplo, solamente á herir á un enemigo; el ejecutor lo ha matado: ¿serán los demás responsables del homicidio? (1).

(1) La plena responsabilidad del exceso es sostenida por muchos autores: Bohemer, *Elementa*, 2, 16, 215;—Matheus, *De crim.*, 48, 5,3;—Carpzovius, *Practica*, par. 1. quoest. 4, nº 17.—Puttmann ha combatido enérgicamente esta opinión, *Opusc. crim.*, opusc., op. I, *De excessu ejus cui aut verberatio aut vulneratio alicuyus mandata est mandanti haud imputando.*

§ 499.

Dos principios están en conflicto. De un lado se objeta que estos participantes, habiendo contribuido con su influencia á poner en movimiento el brazo del autor

físico del delito, son en cierto modo *causa* de este delito. De otro lado se opone que no puede haber jamás responsabilidad por causa de dolo donde no hay *voluntad.*

§ 500.

El conflicto se resuelve distinguiendo entre el *exceso* en los *medios* y el *exceso* en el *resultado*, distinción esclarecida por Carmignani. Romagnosi la ha elogiado en sus cartas al profesor Valeri; por tanto, carecería de razón algún autor contemporáneo que quisiera atribuírsela (1).

(2) Se podría más bien decir que hay huellas de ello en algunos antiguos prácticos, por ejemplo en Grantius, *De defensione reorum*, par. 2, pag. 120, nº 147.

§ 501.

Hay *exceso* en los *medios*, cuando el ejecutor ha usado de *medios diferentes* de los que habían sido concertados con los participantes: el designio común era usar de un bastón, y el ejecutor se ha servido de un puñal.— En este caso, la responsabilidad pesa completamente sobre el autor del *exceso*, pues es él la única causa del resultado más grave.

§ 502.

Hay *exceso* solamente en el *resultado*, cuando los medios empleados son realmente los medios *queridos por todos*, pero que han producido un efecto más grave que el que se esperaba. En semejante caso, si el efecto más grave es una consecuencia natural del hecho, ó si resulta de una simple *culpa* del ejecutor, se comunica la responsabilidad; en efecto, aunque los participantes no hayan

previsto ni querido ese resultado, han querido *dolosamente* los medios que *por su naturaleza* han producido el resultado más atroz. Esto los vuelve responsables del *título más grave*, aunque sin embargo esto no basta para transportar del caso previsto y querido al título no previsto ni querido la calificación resultante del *dolo reflexivo*.

§ 503.

Pero si el exceso, aun en el simple resultado, proviene de un *dolo especial* del ejecutor, éste es el solo responsable de él.

§ 504.

No se debe perder de vista tampoco que las reglas relativas al *exceso*, que encuentran su aplicación en un mismo género de delitos, no tienen lugar si se trata de *delitos diferentes*. En este caso bien distinto, se aplican invariablemente las reglas de irresponsabilidad establecidas anteriormente (§ 435).

§ 505.

TERCER CASO.—Falta de conformidad *en la posición jurídica de los codelincuentes*. Las circunstancias materiales inherentes al *hecho* criminal se comunican entre los que han tenido parte en el delito. Las circunstancias inherentes á las *personas* no se comunican. La complicidad no es nunca accesoria á la *persona*, pero sí al *hecho:* es *real* y no *personal*. Esta regla es absoluta, pero presenta dificultades en la aplicación.

§ 506.

Hay circunstancias tan evidentemente *personales*,

que no pueden dar lugar á ninguna duda. Nadie osaría sostener que la *minoridad*, el *error*, la *embriaguez*, la *sordomudez*, la *demencia*, la *pasión vehemente* (1) de uno de los que tienen parte en el delito, comunican el beneficio de la excusa á los otros participantes que reunen las condiciones de la plena imputabilidad. Del mismo modo, *la calidad de extranjero* ó el *estado de reincidencia* en que se encuentra uno de los culpables, no podrían ser nunca considerados como agravantes para los codelincuentes que no son ni extranjeros ni reincidentes.

(1) El caso del marido que, habiendo sorprendido en adulterio á su mujer, manda á su hijo ó á un servidor que la mate, ha sido objeto de una interesante discusión entre los prácticos. Farinaccius (*Quæst.* 121, n.º 18) y otros autores hacen valer, en provecho del ejecutor, la excusa que protegía al marido ofendido, por la razón de que el ejecutor conocía las consecuencias jurídicas del justo resentimiento sobre el acto que le era mandado.—Harprecht, *Disp.* 1, nº 345, ha puesto en duda la exactitud de esta solución.—Covarruvius, *In epitome*, pars. 2, cap. 7, § 7, n.º 5, la ha combatido; después de haber reconocido que esta es la doctrina común de los autores, niega su exactitud. Nosotros también la creemos poco fundada. Solamente que, uniendo esta hipótesis á la del cómplice del hijo parricida, nos parece que las dos cuestiones deberían decidirse por medio del mismo criterio.

§ 507.

Igualmente hay circunstancias que son tan evidentemente *materiales* que no pueden dar lugar á duda sobre su comunicabilidad á todos los participantes. La *fractura*, el *escalamiento*, las *llaves falsas*, la *violencia* y otras circunstancias materiales que han servido para la ejecución del robo y que han aumentado su cantidad social, no pueden dejar de ser comunes á todos los que á sabiendas (1) han tenido parte en el delito, aunque tal vez no hayan ejecutado por sí mismos la violencia ó la fractura. Estas circunstancias están de tal modo unidas al hecho criminal, que el que ha querido el hecho que las ha acompañado y ha contribuido á ellas, no puede declinar la responsabilidad de las consecuencias.

(1) Para fundar la corresponsabilidad basta *conocimiento*, pues el que quiere un hecho no puede dejar de querer los *medios* por los cuales *sabe* que este hecho deberá ser ejecutado. Pero este conocimiento debe ser *precedente* ó *concomitante*, no basta con que sea *subsiguiente*.

§ 508.

La dificultad nace cuando concurren ciertas circunstancias que, lejos de ser *reales*, son verdaderamente intrínsecas á la *persona*, pero que sin embargo influyen sobre el *título* del delito. La calidad de *criado*, en el ladrón, que da lugar al título de *robo doméstico (famulato)* se comunica á los coparticipantes no domésticos? ¿La calidad de *empleado* público hace peor la condición de los que tienen parte en las faltas cometidas por un notario? ¿Del mismo modo, la calidad de *hijo*, en el asesinato, agrava la responsabilidad de los que tienen parte en el *parricidio?*

§ 509.

Cuando esas calidades puramente *personales*, *además* de la influencia que tienen sobre el *título* (influencia que puede consistir únicamente *en las palabras*), constituyen la *esencia* de un nuevo delito, ó han sido el *medio* de él, debemos ciertamente oponerlas aun á los que no las tenían en su persona, pero que han participado á sabiendas en el hecho del que las tenía, y que por lo tanto las han aprovechado (1). Cuando nada de esto sucede, las opiniones son diversas, pero parece demasiado riguroso comunicar una agravante al que no tenía en sí la causa de ella, por el solo motivo del respeto á la nomenclatura.

---

(1) Carmignani ha enseñado la doctrina de la *comunicación*. Rossi ha defendido enérgicamente la *no comunicación* de la agravante. De Molénes *(De l'humanité dans les lois criminelles*, pag. 549), Boitard, Legra-

verend, Chauveau y Faustin Hélie, etc., están por la *incomunicabilidad.*— Bertauld (*dernière leçon*, pag. 437) hace observar que la doctrina tiende á la opinión más dulce y la jurisprudencia á la más severa, pero se decide por esta última. Trebutien, después de alguna vacilación, se decide por la *comunicación*, y después se tranquiliza (*Cours elémentaire de droit criminel*, pag. 200) haciendo notar que el jurado admitirá, para el cómplice que no es hijo, las circunstancias atenuantes. De este modo el sistema de las circunstancias atenuantes, que deja sin forma determinada la justicia práctica, conduce al indiferentismo en cuanto á los principios científicos y convierte á los jueces en legisladores. Molinier (*Revue critique*, vol. 13, pag. 86) sostiene la asimilación, en cuanto á la pena, del cómplice al parricida ó al notario que ha falsificado un instrumento público. Ortolán (*Eléments de droit pénal*, nº 1284, 2º) reconoce que la doctrina corriente entre los teóricos es la de la *no comunicabilidad*, pero se declara en principio por la *comunicabilidad* (nº 1285) todas las veces que la calidad personal influye, como nosotros decimos, sobre el *título*, ó, como dice este autor, sobre la *criminalidad* del *hecho*, y no sobre la sola *criminalidad* de la *persona*. Por lo demás, él limita la influencia (nº 1286) de manera que quede siempre desigual la condición de los participantes. Rauter ha llevado el rigor hasta decir (*Traité de droit criminel*, nº 119) que el cómplice participa de la responsabilidad de las calidades personales del autor, aunque *las haya ignorado*. Proposiciones que parecería imposible que se pudieran encontrar en un libro publicado en nuestros días, si esto y tantas otras cosas no estuvieran explicadas por las tradiciones de Jousse y de Vouglans, el gran adversario de Beccaria.— Por consiguiente, se destierra la condición del elemento *intencional* en la complicidad, y se cae en la más absurda contradicción. La *ignorancia* de sus relaciones personales con aquel á quien él ha matado excluye el título de parricidio, aun en el hijo asesino de su padre, porque con respecto al parricidio, hay un error *esencial;* y se osa sostener que esta *ignorancia* no aprovecha al cómplice!!! En sustancia, esta grave divergencia depende de la oposición de estos dos principios: el principio de la *indivisibilidad del título*, que parece prescribir la comunicación, y el principio de la *individualidad del dolo*, que prescribe la no comunicación.

CAPÍTULO X.

DEL DELITO CONTINUADO.

§ 510.

Hasta aquí hemos considerado la posición jurídica de un hombre á quien se quiere imputar, como autor ó como cómplice, la violación consumada ó tentada de *un solo* derecho.

§ 511.

Hemos considerado también la posición jurídica de aquel á quien se inculpan *varias violaciones* de las cuales una ha servido de *medio* á la otra, y hemos visto cómo un delito se confunde y se unifica con otro (§ 52 y § 170).

§ 512.

Finalmente, hemos considerado el caso de aquel que ha cometido *varias violaciones* con varios *fines* distintos, y hemos observado que *hay tantos delitos* de que el agente es responsable distintamente, *cuantos fines haya.* Pero esta última regla necesita un desarrollo ulterior.

§ 513.

Se aplica sin dificultad si los *fines* diferentes representan varias violaciones de *diferentes leyes* penales; así, por ejemplo, alguien ha cometido un robo y una violación, en un solo contexto de acción. No hay duda sobre la regla: son dos delitos distintos.

§ 514.

Pero si el agente, por estas violaciones repetidas, no ha ofendido nunca más que *una misma* ley penal, entonces el *fin* de las diversas violaciones parece reducirse á uno solo, al menos desde un punto de vista genérico, y la unificación del fin parece que debe conducir á unificar también el delito. De ahí la teoría muy sutil de la *continuación*, que debe su origen á la indulgencia de los prácticos, que han hecho grandes esfuerzos para hacer más rara la pena de muerte impuesta por el tercer robo.

§ 515.

Hemos notado la diferencia entre los delitos en los cuales la violación del derecho *se agota* en un solo momento, y los delitos en que la violación del derecho *persiste* aun después del momento de la consumación. Así, por ejemplo, en el homicidio, en las heridas, en la violación, la infracción del derecho concluye con la acción de matar ó de robar; no continúa ni se prolonga más, aunque el *mal* ya causado por la infracción prosiga. En otros delitos sucede lo contrario, la violación se prolonga (ó puede prolongarse) indefinidamente; v. g., en la asociación de malhechores, el complot, la usurpación de la posesión de otro, el rapto, el depósito de armas, el secuestro, la bigamia, y aun en ciertos casos, en el robo. Los primeros han sido llamados delitos *instantáneos* (§ 52); los antiguos dieron á los segundos el nombre de delitos *sucesivos* (que encierran, por decirlo así, una serie de violaciones); otros los han llamado *continuos*, otros permanentes; en fin, un autor los ha llamado recientemente delitos *crónicos*. (Ortolán, *Eléments de droit pénal*, nº 743).

§ 516.

En realidad, esta distinción no es la que sirve de base al delito *continuado*.

§ 517.

La noción del delito *continuado* (al menos en el sentido que le han dado siempre los prácticos italianos) supone la *repetición* de varias *acciones*, de las cuales cada una representa la *perfecta* (1) *violación de una ley*. Cuando el delincuente persevera en sus reuniones sediciosas, en el goce del bien usurpado, en el injusto secuestro de

un ciudadano, en el abuso doloso de la cosa de otro, esta *continuación* del delito, si bien muestra la persistencia del designio, no produce *violación ulterior* de la ley. Aquí no se puede preguntar si se trata de *más de un delito:* la perseverancia consiste en conservar *los efectos del primer delito*, de un modo, por decirlo así, negativo, más bien que por medio de una renovación de *actos* que constituya verdaderamente una segunda infracción de la ley.

(1) Aquí se presenta esta grave cuestión: ¿Puede objetarse la *continuación* en la *tentativa* y en el delito *frustrado?* La dificultad ha sido sometida en un caso á la Corte Real de Luca, la cual más bien la ha eludido que resuelto. Este problema, planteado en términos científicos, se reduce á la fórmula siguiente: "Para que haya *delito continuado* ¿basta que haya repetición de la consumación *subjetiva*, ó se necesita la repetición de la consumación *objetiva?* Admitiendo la primera proposición, se vería uno conducido al absurdo, pues se volverían *continuados* todos los delitos (y son numerosos) que, por su naturaleza, exigen para producirse una serie de actos repetidos. ¿Cuántos movimientos de lima ó de buril necesita el falsario antes de concluir la moneda falsa? Por tanto, debe decirse que la *continuación* exige la repetición de la consumación *objetiva*. Así, pues, como en el delito tentado ó frustrado no hay consumación *objetiva*, no se puede sostener que haya *continuado* el delito perfecto que el agente ha consumado posteriormente. La cosa está clara; pero como la tentativa también constituye por sí misma un hecho punible, un delito completo en cierto modo en su género, y que tiene su objetividad en el derecho *atacado* de la misma manera que el delito perfecto tiene su objetividad en el derecho *violado*, cuando se repiten varias *tentativas* diferentes del mismo delito, se puede muy bien encontrar la tentativa continuada en estas tentativas sucesivas (si ellas no se confunden en una sola acción). Pero una vez verificada la consumación *objetiva* del delito perfecto, no podemos sin error hacer de ella una repetición de la consumación *objetiva* bien distinta que es especialmente propia de la tentativa. La *agresión* al derecho se ha repetido, pero nó su *violación*.

§ 518.

La continuación en estos delitos es de tal modo inherente á su naturaleza, que no es posible hacer de ella una *especialidad* en los casos particulares, ni pretender inculpar al *autor de la primera infracción* el segundo acto como una infracción nueva é independiente.

§ 519.

Para que podamos reconocer *varios delitos*, es necesario que haya *varias acciones* de las cuales cada una represente por sí misma una nueva ofensa á la ley. Ahora bien, dada esta *pluralidad de acciones*, el rigor de los principios exige que se imputen todas á su autor, como otros tantos títulos de delito distintos. Pero como esto conduciría, por una necesidad lógica, á una acumulación de penas que podría ser exhorbitante, los prácticos han introducido la doctrina indulgente de la *continuación*, cuyo fin es hacer considerar los *diferentes delitos* como *un solo* delito *continuado*, á fin de aplicarles una imputación colectiva más grave que la que corresponde al delito *único*, pero nunca equivalente á la suma que resultaría de la acumulación de las imputaciones debidas á cada infracción.

§ 520.

Es evidente, por tanto, que la *continuación* no es de una manera absoluta una circunstancia *agravante*, puesto que produce el efecto de disminuir la imputación tanto, cuanto la imputación que se da á un delito solo(aumentada por la *continuación)* difiere de la imputación de la primera violación, sumada con la imputación de la segunda, de la tercera, etc. Sea lo que fuere lo que puedan decidir las jurisprudencias, en conformidad (real ó imaginaria) con ciertos derechos constituídos, es claro en presencia de los principios racionales, que la *continuación* no puede tener jamás por efecto imponer á los hechos repetidos una pena superior á la suma de las penas correspondientes á cada uno de estos hechos. Esto está demostrado por la *historia* de esta teoría y por la *razón* en que ella se inspira, que ve en los hechos que se continúan, no varias determinaciones criminales distintas, si-

no *una sola*.—Siendo indudable que debe considerarse á aquel que se ha determinado *varias veces* á cometer el delito, como más criminal que aquel que no se ha determinado más que *una sola vez*, es contradictorio castigar á éste más severamente que al otro (1). Es en estos difíciles conflictos de aplicación donde la justicia práctica parece á menudo desviarse de los principios de la justicia racional, dando ocasión á las agrias críticas de los socialistas.

(1) Estas ideas se aclaran por medio de ejemplos. Ticio tenía necesidad de ciento cincuenta liras; las ha robado de una sola vez: ha incurrido (suponiendo el robo calificado) en la pena de prisión *(casa di forza)* de tres á doce años. Cayo ha resuelto robarme hoy cincuenta liras, mañana cincuenta á Pedro, después cincuenta á Luis: es responsable de tres robos, por cada uno de los cuales (suponiendo siempre el robo calificado) incurre en la pena de cárcel*(carcere)*, de uno á cinco años (código toscano, art. 386, letra *b)*, y así puede tener á lo más (art. 74, letra *b)* ocho años de cárcel. Mevio me roba hoy cincuenta liras y mañana cincuenta á Pedro: culpable de dos robos calificados, ha incurrido en las dos penas, pero como son ambos menores de cien liras, no pueden llevar consigo más de ocho años de cárcel.—Viene en seguida á aplicarse la teoría de la continuación, que enseña que Mevio ha ejecutado dos robos y Cayo tres, á consecuencia de una sola determinación criminal: unificando los dos robos cometidos por Mevio, ella hace (código toscano, art. 386, letra *b)* que no se le puedan aplicar más de cinco años de cárcel, en lugar de ocho; así, pues, ella le aprovecha y debe aplicársele. Pero la misma teoría aplicada á los tres robos de Cayo haría un solo robo de más de cien liras, y lo conduciría (siendo robo calificado) á la prisión hasta por doce años (art. 386, letra *a)*; así, pues, como la ficción jurídica de la continuación cambiaría la especie de la pena y dañaría demasiado á Cayo, no debe serle aplicada. Es necesario considerarlo como autor de tres robos inferiores á cien liras y condenarlo á la cárcel por ocho años á lo más; en efecto, la continuación (que agrava la *pena)* no puede jamás tener por efecto un aumento de *imputación*. Tal es la manera como la jurisprudencia toscana ha procedido ordinariamente en estas difíciles combinaciones. Queda el aparente absurdo de ver á Ticio castigado con prisión por haber robado ciento cincuenta liras en una sola vez, mientras que Cayo podrá sufrir á lo más ocho años de cárcel, porque ha robado ciento cincuenta en tres ocasiones. El absurdo no es más que aparente, porque Ticio ha tenido la intención de cometer un robo de ciento cincuenta liras, que sabía era castigado con prisión, y por tanto está bien que se le imponga otra pena. Cayo, por el contrario, en cada uno de sus robos no ha querido robar más que cincuenta liras, y no ha pensado jamás en que sería castigado con prisión. Si por una razón de indulgencia se supone, cuando esto deba aprovechar al acusado, que la suma total de los robos repetidos es el resultado de un robo, es inhumano trocar contra él esta ficción jurídica

para llevarlo á la prisión. En la primera hipótesis se supone una determinación *genérica* que unifica las determinaciones *especiales* sucesivas, y el acusado no rechaza esta determinación genérica, porque le es ventajosa. Pero en la segunda hipótesis, el acusado protesta contra la determinación *genérica;* sostiene que los tres robos han sido el resultado de tres determinaciones *especiales* distintas, cada una de las cuales tendía á cometer un robo menor de cien liras, y el juez no puede, en detrimento del acusado, insistir sobre la determinación genérica, que es puramente hipotética. En el primer caso se juzga según la ficción jurídica, en el segundo según la verdad de las cosas.

§ 521.

Para definir bien el delito *continuado*, es necesario establecer dos criterios distintos: el uno para distinguir el caso del delito continuado del caso de *varios delitos*, el otro para distinguir el delito *continuado* del delito *único*, consideración que no ha sido siempre declarada suficientemente, y cuya omisión se ha convertido en una fuente de equivocaciones. Dos autores parecerían estar de acuerdo porque dijeran ambos: este no es un caso de delito continuado; pero uno niega la continuación porque sostiene que hay *varios delitos*, y el otro porque sostiene que no hay más que *un solo delito;* y entonces se hallarían en completa contradicción.

§ 522.

Es fácil distinguir el delito *continuado* del delito *múltiple*, cuando nos remontamos á los principios constitutivos del delito. Ante todo, es necesario, para excluir la pluralidad, que se trate de varias violaciones de la *misma ley*. La *identidad*, la *unidad de la ley* violada es, pues, la primera condición para excluir la *pluralidad* de los delitos. Si los diferentes actos violan *diversas leyes*, es claro (vista la multiplicidad de los *objetos*) que tenemos que imputar más de un delito, excepto el caso en que se unifiquen en la relación de medio á fin.

§ 523.

Pero la *unidad de ley* no basta. La esencia de todo delito consiste en un elemento *moral* (la intención) y un elemento *físico* (el acto externo). Cuando hemos encontrado la pluralidad de actos externos violatorios de la *mesma* ley tenemos la multiplicidad en el elemento *físico;* pero para que haya pluralidad de delitos se necesita también la pluralidad en el elemento *moral:* ahora bien, ésta no existe más que en el delito continuado, y la razón de ello es evidente. Al imputar la primera acción, se ha imputado el elemento físico A más el elemento moral B, constituído por la determinación criminal.—Cuando pasamos á la imputación de la segunda acción, imputamos el elemento físico C, distinto del elemento físico A, y luego, nuevamente, el elemento moral B.—En efecto, siendo *única* la *determinación*, el elemento moral que se une á los elementos físicos A y C es siempre el *mismo* elemento B. Así, pues, si diéramos una imputación completa á cada una de las dos acciones, caeríamos en la injusticia, puesto que imputaríamos *dos veces* el mismo elemento moral.

§ 524.

Así, la *unidad de determinación*, unida á la *unidad de ley* violada, lleva consigo necesariamente la exclusión de la pluralidad de los delitos.

§ 525.

Y no se diga que este argumento puede también aplicarse al caso en que por una sola determinación se ha resuelto violar varias leyes distintas; en efecto, la diversidad de *objeto* (bien entendido siempre que el *objeto* del delito es la *ley*) hace imposible, por una necesidad ideo-

lógica, la unificación de la determinación. Salvo el caso en que una violación esté respecto de otra en la relación de medio á fin, la resolución de violar una ley es ideológicamente distinta en su origen y en sus momentos de la resolución de violar otra ley distinta. La concepción puede entonces ser *contemporánea*, pero nunca será *única*.

§ 526.

Así, pues, cuando haya pluralidad de acciones, pero unidad de ley violada y de resolución criminal, no se podrá admitir la pluralidad de delitos. Sólo se admitirá cuando haya pluralidad de *acciones* y pluralidad de *resoluciones;* ya hayan sido violadas varias *leyes* ó una sola.

§ 527.

Pero *siempre* que encontremos la pluralidad de *actos* externos dirigidos contra la misma ley y provenientes de una misma resolución criminal, tendremos el delito continuado? Nó. La regla, que es absoluta en el primer sentido, no lo es en el sentido inverso: la pluralidad de actos materiales no produce siempre la consecuencia de que haya *varias violaciones* que se confunden en un delito *continuado.* Con frecuencia, á pesar de la pluralidad de actos materiales, hay un delito *único.* Para aclarar esta idea me parece que desde el punto de vista científico se debe insistir sobre la distinción entre los *actos* y la *acción.*

§ 528.

Sería absurdo sentar en principio que la pluralidad de actos que violan la misma ley y que proceden de una sola determinación, conduce siempre al delito *continuado.*

Tenemos por ejemplo el robo. Aquel que entra en mi casa y roba cien escudos, si los encuentra todos en un saco y se apodera de ellos por un solo acto, ejecuta evidentemente una acción única. Pero si la *pluralidad de actos* por regla absoluta significara la continuación, habría que decir que este ladrón, encontrando los cien escudos separados, de modo que hubiera debido tomar al principio diez, después otros diez, y así sucesivamente, para meterlos en el bolsillo, habría ejecutado un robo continuado. En efecto, el primer *acto* de tomar diez escudos y de meterlos en el bolsillo presenta por sí mismo un delito completo; extender de nuevo la mano para tomar otros diez constituye un segundo *acto* distinto del primero, que también es por sí mismo un robo completo. ¿Pero quién sería el que quisiera sostener sériamente esta teoría? Todos los días se cometen robos de varios objetos, y nadie ha intentado jamás ante la justicia objetar la continuación á un ladrón porque haya encontrado el dinero desparramado en vez de hallarlo en el saco.

§ 529.

Por tanto, debe haber un segundo criterio que, á pesar de la *pluralidad de actos*, haga desaparecer la *continuación* para dejar lugar al delito único.

§ 530.

Es necesario buscar este criterio en *unidades* ulteriores que, fuera de la *unidad* de ley y de resolución, borren la pluralidad material de los *actos* y formen de ellos una *acción* única. Estando entonces unificado el delito en el elemento físico, como se unifica en el elemento moral, resulta necesariamente la unidad de imputación sobre la base del delito único: este delito puede ser *simple* ó *complejo*, sin cesar de ser *único* (1).

(1) No me sería posible persuadirme de que pudiera tenerse entre los delitos *continuados* el caso en que un tiro de fusil ha herido á varias personas. La *ley* violada es única, la *resolución* es única, el *acto* es único; tendremos, vista la pluralidad de *resultados*, un delito *complejo;* pero encontrar la *continuación* donde hay un *solo momento moral* y un *solo momento físico*, es en mi sentir una contradicción, al menos en teoría. Aunque el resultado produzca dos títulos de delito diferentes (por ejemplo, el homicidio de uno y las heridas respecto á otro), no será éste el caso de la distinción conocida entre el concurso *formal* y el concurso *material?* Tal vez esta materia no ha recibido todavía de la ciencia su desarrollo final. Véase Wafelaer, *De concursu delictorum, Lovanii*, 1822.—Van del Does, *De crimine repetito, Trajecti ad Rhenun*, 1826; y la disertación de Kitka insertada en 1856 en el *Eco dei Tribunali*, nos. 751, 752 y 753.

§ 531.

Ahora bien, cuáles serán las *unidades* ulteriores que unifican los *diferentes actos* constitutivos? Algunos han hecho consistir este criterio en la unidad de condiciones del *sujeto pasivo* del delito. Así, por ejemplo, si un ladrón se introduce en mi casa y roba á la vez varios objetos que me pertenecen, se dice que el robo es único, aunque se refiera á varias cosas y resulte de varios *actos*. Pero si alguno de estos objetos pertenecía á otro que lo había dejado allí, se ha pretendido que el robo es continuado. Esta sutileza no es demostrativa, pues no responde á la justicia, y la razón en que se pretende apoyarla es falsa. No es cierto, en efecto, que en el segundo caso haya violación de más de un derecho, y en el primero violación de un solo derecho, pues aun en el primer caso si el derecho subjetivo es único, el derecho objetivo es múltiple; así, aun entonces se podría decir que hay más de un derecho violado, á saber, mi derecho sobre la cosa A, y mi derecho sobre la cosa B, que son completamente distintos.

§ 532.

La unidad ó la pluralidad de los sujetos pasivos es,

pues, un criterio engañoso para unificar ó multiplicar los delitos que resultan de varios actos materialmente distintos.

§ 533.

Se podría más bien, á lo que parece, aceptar el criterio de la unidad de *lugar* y de *tiempo*, en tanto que pueda humanamente haber *unidad* en estas relaciones. Tomando en consideración estas unidades de tiempo y de lugar, la prudencia del juez podría no tener en cuenta la repetición material de los *actos* y, mirándolos á todos como los *momentos* de una *acción* única, ver un delito único donde se podría encontrar la apariencia de la continuación. De otro modo, si nos empeñáramos con rigor ontológico en separar los diferentes actos en una acción criminal, este exceso de sutileza conduciría, en ciertas clases de delitos, á encontrar en la continuación el caso ordinario, y en la unidad una excepción rara.

§ 534.

Todos comprendemos que ciertos delitos encierran, por decir así, necesariamente, la *repetición* de actos positivos, cada uno de los cuales sería por sí solo un delito perfecto. ¿Deberemos ir á investigar si el acusado de ultraje violento al pudor se ha limitado á un solo tocamiento, ó si ha puesto con reiteración su mano impúdica sobre la doncella que resistía? ¿Iremos á averiguar si el que ha subido al árbol ajeno ha cogido un solo fruto, contentándose con él, ó ha cogido dos? Y si aquel que ha hecho injurias ó amenazas ha proferido una sola palabra ofensiva ó varias? En realidad, los *actos* han sido *múltiples*, y cada uno de ellos consta de lo necesario para constituir un delito *perfecto;* pero caeríamos en ridículo si con rigorosa exactitud quisiéramos que la mul-

tiplicidad de *actos* fuera equivalente á la multiplicidad de *acciones*, simplemente porque cada *acto* ofrece un delito completo.

§ 535.

Por lo demás, la *unidad de tiempo* no es, como unidad *absoluta*, humanamente posible; de suerte que el criterio de la *continuación* deberá, con una apariencia errada, deducirse de la *discontinuación*, es decir, que se examinará si ha habido *interrupción* en los *actos*. Si los actos son *continuos materialmente*, se dirá con más facilidad que no han sido *continuos jurídicamente*, que constituyen diversos momentos de *una sola acción* criminal, y que tenemos el delito *único*. Si son *discontinuos materialmente* de modo que haya un intervalo que represente una interrupción de la *acción* criminal, podremos más fácilmente aceptar la idea, no solamente de *varios actos*, sino también de varias *acciones* distintas, y por tanto excluir absolutamente el delito *único* para reconocer *varios delitos*, cuando ha habido diversas resoluciones, ó bien el delito continuado, si ha habido unidad de determinación.

§ 536.

Pero la *unidad de resolución* no debe entenderse con un rigor ideológico. Debemos contentarnos con una *unidad genérica*. Así, por ejemplo, un criado se ha procurado una llave falsa del escritorio de su amo, para robar dinero de tiempo en tiempo. Lo hace dos, tres y más veces. Hay en esto, según la opinión general de los prácticos, un robo *continuado*; pero hablando rigurosamente, cuantas veces se ha determinado á llegar á robar, otras tantas resoluciones ha habido. Después de la primera y la segunda vez, podía todavía desistir; ha

necesitado, pues, un *nuevo acto* de voluntad para volver la tercera vez. Sin embargo, todavía se considera la tercera vez como el resultado de una *resolución criminal única*, á causa de la unidad de la resolución *genérica* de tomar dinero de aquel escritorio todas las veces que experimentara deseo ó se presentara ocasión para ello. Las determinaciones especiales que vienen en seguida no son siempre más que realizaciones, desarrollos de la primera. (1) Tal vez sería más conforme á la exactitud del lenguaje expresar el elemento subjetivo de la continuación por medio de la fórmula *unidad de determinación*, que no puede nunca ser completamente verdadera en las aplicaciones prácticas. En efecto, cualquier acto del hombre es producto de una *determinación especial* que, aun cuando no sea otra cosa que la realización de una *determinación genérica primitiva*, se distingue sin embargo ideológicamente de la determinación especial ó *próxima* de la cual ha salido el acto precedente.

---

(1) Hemos visto en la práctica reconocer el caso de *continuación* en robos repetidos cometidos en el curso de varios meses, en diferentes lugares y en perjuicio de diversos propietarios.

§ 537.

Así, pues, resumiendo mi opinión sobre este difícil y controvertido asunto, diré en teoría abstracta: — 1º Que la pluralidad de *acciones* y de *determinación* lleva consigo la *multiplicidad* de delitos, aun en presencia de la violación de *una sola ley*;—2º Que la diversidad de *leyes violadas* lleva también consigo la *multiplicidad* de delitos, aunque parezca que hay unidad de *determinación* y de *acción*, excepto el caso de un delito absorbido por otro á causa de la relación de medio á fin;—3º Que la unidad de *determinación* genérica (ó, en otros términos, de *designio*) y de *ley violada* produce el delito *continua-*

do cuando ha habido pluralidad de *acciones;*—4º Que la unidad de *determinación*, de *ley violada* y de *acción* da origen al delito *único*, aunque haya pluralidad de *actos;* 5º Que la unidad de *acto* produce el delito *único*, pero *complejo*, aunque haya pluralidad de *derechos* violados.

§ 538.

No hay necesidad de hacer observar que la continuación no se concibe en los delitos *colectivos* (§ 52) que tienen por carácter la *costumbre*. Pero es necesario notar que la teoría de la *continuación* tiene importancia, no solamente para la *medida* de la imputación, sino también para el caso de *prescripción*, en cuanto á la perseverancia de la *imputabilidad*. En efecto, si el delito es continuado, la prescripción no corre sino desde el *último acto;* si hay varios delitos, cada uno de ellos tiene su prescripción propia. De donde se deduce que el acusado (quien por lo general tiene interés en unificar sus delitos lo más que se pueda) si está en el caso de invocar la prescripción, se esforzará en sostener que se trata de *varios delitos*, á fin de no sufrir más que la pena de la última acción no aumentada por la continuación, pretendiendo que los otros están prescritos.

CAPÍTULO XI.

De los efectos jurídicos del delito.

§ 539.

Después de haber desarrollado desde un punto de vista general la noción del delito y sus elementos, sus efectos *naturales* (daño *inmediato* § 103), y sus efectos

sociales (daño *mediato* § 104), resta ver sus efectos *jurídicos*, y esto nos servirá de transición á la *Segunda Sección*, donde hablaremos de la *pena*.

§ 540.

A los efectos *naturales* del delito que consisten, como hemos visto, en el daño *inmediato* resultante de su fuerza *física*, y á sus efectos *sociales* que consisten, como sabemos, en el daño *mediato* resultante de su fuerza *moral*, corresponden dos efectos *jurídicos* diferentes, comprendidos bajo la idea genérica de la obligación á la *reparación*. Hasta aquí hemos considerado el delito como *causa* de un *mal;* ahora debemos considerarlo como *causa* de *derechos:* es por esto justamente por lo que estos efectos ulteriores se llaman *jurídicos*.

§ 541.

Del daño *inmediato* nace la obligación á la reparación *civil;* del daño *mediato*, la obligación á la reparación *social*.

§ 542.

La obligación á la reparación *civil* se cumple dando una *indemnización* á la parte lesionada; la obligación á la reparación *social*, sufriendo la *pena*, que es la indemnización debida á la sociedad ofendida en razón de la turbación causada por el delito.

§ 543.

A cada una de estas obligaciones corresponde una *acción* (1), pues cada una hace nacer un *derecho exigible;* derecho para la persona lesionada á la *indemniza-*

ción material, derecho para la sociedad á la *indemnización moral*.

(1) La palabra *acción*, en un sentido genérico, expresa la *realización de una actividad* cualquiera, en todo momento en que produzca sus fuerzas exteriormente. Así, se dice la acción del sol, la acción del pensamiento, de la voluntad, del cuerpo, etc. Aquí la palabra *acción* está tomada en el mismo sentido, pero más restringido: expresa la *realización de la actividad* del derecho en el momento en que produce sus fuerzas exteriormente para hacerse respetar.

§ 544.

La acción que corresponde á la primera obligación se llama *acción civil;* la que corresponde á la segunda recibe el nombre de *acción penal.*

§ 545.

Para conducir estas *acciones* á sus fines respectivos, se hace necesario un hecho ulterior. Este hecho es el juicio: juicio civil, para obtener la reparación del daño inmediato, de lo cual trata el civilista; juicio criminal, para obtener la reparación del daño mediato, lo cual hace el objeto de la *Tercera Sección* de nuestro curso, y del curso especial de procedimiento penal.

§ 546.

La acción civil nunca corresponde más que al ofendido, quien tiene la facultad de ejercerla ó de abandonarla á su grado.

§ 547.

La acción criminal corresponde en principio á la sociedad, y á los representantes de la sociedad que es-

tán investidos de ella; por esto es por lo que se llama acción pública.

§ 548.

Pero algunas veces, por respeto al deseo de la paz, ó á la reputación ó interés del ofendido, la ley halla conveniente hacer depender de la voluntad de la persona lesionada aun la persecución penal del delito que le perjudica. Estos delitos toman entonces el nombre de delitos que dan lugar á una *acción privada*.

§ 549.

Pero en tal caso la represión está establecida en interés de la sociedad, y no para satisfacer la venganza privada. Pero el interés menor que tiene la sociedad en la represión de estos delitos, y el interés mayor que puede tener la persona lesionada en no darles una publicidad peligrosa, detienen el *movimiento de la acción*, sin cambiar, sin embargo, su *naturaleza* ni su *fin*.

(1) Se deduce de aquí que la fórmula *acción penal privada* no es aceptable sino en un sentido *impropio* y figurado, para indicar que la acción pública está subordinada en su ejercicio á la voluntad de la persona ofendida: Graun, *De supervacua delictorum divisione in publica et privata moribus nostris;* Jena. 1756.

§ 550.

La reparación civil se obtiene de diversas maneras, según los casos. Por la reparación *natural*, la reintegración del derecho violado: v. g. la restitución del objeto robado, el restablecimiento de los mojones quitados, etc.; por la reparación *pecuniaria*, cuando la reparación natural no puede tener lugar, sea por accidente, sea porque el derecho, por su naturaleza, no es suceptible de

reintegración: en este caso se hace uso del dinero, representante común de todos los valores; en fin, por la reparación de *honor*, cuando el delito ha ofendido el honor del ciudadano, y es necesario darle una satisfacción especial.

§ 551.

La reparación de *honor* se hacía antiguamente por la *palinodia*, que se dividía, según los casos, en *recantatio solemnis*, *deprecatio* y *declaratio*. El uso moderno ha sustituido á ella la inserción en los diarios ó la publicación impresa de la sentencia de condenación.

§ 552.

No podría admitirse la reparación que se llama *vindicatoria*, consistente en la satisfacción concedida al ofendido, de ver sufrir al autor de la ofensa por el solo placer de su pasión, é independientemente de toda reparación de un daño sufrido en la persona, en el honor ó en los bienes (1). Es fácil comprender que ni la ley natural ni la ley civil pueden reconocer un derecho que tiende á la satisfacción de una pasión viciosa. La gran ventaja de la justicia civil es precisamente la de que, sustrayendo la medida de las penalidades al juicio de las pasiones privadas para someterlas al juicio de la razón, es verdaderamente la justicia y no ya la venganza.

---

(1) Carmignani *(Elementa*, § 409) parece haber dudado sobre este punto: reconociendo como un hecho indudable que los delitos, además del daño en la persona, en la propiedad, en el honor, causan al ofendido un *dolor moral* que inspira el deseo y, por decir así, la necesidad de ver sufrir al autor de la ofensa, parece haber admitido (al menos como proposición sostenible) que, aun á este dolor moral y á este deseo de venganza deben acordar las leyes una satisfacción. Por mi parte, niego formalmente que una pasión viciosa pueda ser aprobada por la ley y convertida en una fuente de derechos. Y poco importa la consideración empírica de que si la cólera del



ofendido no queda aplacada, hay que temer de su parte la venganza privada y desórdenes en el Estado. Una vez por todas, protesto contra esta manera de argumentar que me parece no solamente injusta, sino también inmoral. Hasta la saciedad ha sido repetida en materia de injurias, de daños, de adulterio, de duelo, etc.; pero siempre he protestado y protestaré en nombre de la razón contra semejante ilusión. La injuria, se ha dicho, merece por sí misma pena como diez, pero es necesario aplicarle una pena como cincuenta, para que el ofendido, descontento de diez, no se vengue por su propia cuenta. Argumentación antijurídica, pues convierte la pena en una protección del culpable; argumentación injusta, pues mide la pena del delincuente, no según su culpabilidad, sino según la maldad presunta del ofendido; argumentación inmoral, pues quiere que la autoridad civil baje la cabeza ante la más feroz y anticristiana de las pasiones, la venganza: en manos de esta potencia infernal pone la balanza de la justicia, la cual se convierte en instrumento para satisfacer resentimientos privados, como en los tiempos de la barbarie primitiva. Y sin embargo, he visto á menudo á los magistrados mismos sufrir á su pesar la influencia de esta idea; he visto considerar como disminuyente la imputación de un ofendido que, no contento con la condena obtenida contra el autor de la ofensa, se había procurado una venganza más cruel, observando que, al fin y al cabo, había tenido una buena razón, porque el autor de la ofensa había sido castigado con demasiada debilidad. Esta decisión sería muy justa si allí no se viera más que una simple degradante, pues se deben contar como degradantes todas las pasiones, aun las más irracionales cuando, adueñándose del alma del agente, han disminuido su libertad de determinación; pero cuando se funda sobre el reconocimiento de un *derecho* que tendría el ofendido, para suplir por sí mismo la pretendida insuficiencia del castigo social, no podría yo aceptarla.

§ 553.

Se admite la reparación *por sustitución* cuando se puede *con justicia* tener á un tercero por *civilmente* responsable de un delito cometido por otra persona, como el padre por el hijo. Pero si esto puede ser aceptado, en términos convenientes, para las *indemnizaciones civiles*, no debe admitirse jamás para la *pena*.

§ 554.

Es una cosa útil, y en cierto modo un deber, la reparación *subsidiaria* introducida por algunas legislaciones. Consiste en establecer una caja pública que se alimenta con las multas infligidas á los delincuentes, y á

la cual se recurre para indemnizar á los que han sido lesionados por un delito cometido por una persona insolvente. No es moral que el Gobierno se enriquezca á consecuencia de delitos que no ha sabido prevenir. Por el contrario, es moral que la sociedad, cuyos buenos ciudadanos tienen derecho á exigir protección, repare los efectos de su falta de vigilancia. Esta verdad, (desarrollada entre los modernos por Kruseman, *De fidejusione universali civium)* ha sido proclamada en el código de Leopoldo del año 1786, en el art. 46 (1).

(1) Artº 46: Y del mismo modo como hemos considerado que así como es deber esencial del Gobierno prevenir los delitos, perseguirlos y castigarlos, también lo es pensar en indemnizar no sólo á los dañados por los delitos de los reos, sino aun á aquellos individuos que por las circunstancias del caso ó ciertas combinaciones fatales se hubieren encontrado sin dolo ó culpa de alguno sujetos á ser procesados criminalmente, y muchas veces detenidos en prisión con perjuicio de su decoro é intereses, y de los de su familia, y han sido después reconocidos inocentes, y como tal, absueltos: así, habiendo nosotros ya provisto con el patrimonio público á hacer los gastos de justicia, que antes se pagaban del fisco en parte con el producto de las confiscaciones de bienes y penas pecuniarias, queremos que sea formada una caja aparte bajo la dirección del Presidente del Buen Gobierno en el dominio florentino, y con la inspección del auditor fiscal de Siena, en la cual deben ingresar todas las multas, las penas pecuniarias de todos los respectivos tribunales del Estado, y de la cual nos darán cuenta de año en año.—De esta caja, en cuanto alcancen sus asignaciones, deberán indemnizarse todos aquellos que, dañados por delitos de otros, por delincuentes que hayan causado el daño y de los cuales no pueda obtenerse el resarcimiento por falta de patrimonio ó por fuga; y todos aquellos que, sin dolo ó culpa de alguno (ya que en este caso el que hubiere cometido el dolo ó la culpa estará obligado también á indemnizarlos), y sólo por ciertas combinaciones fatales ó desgraciadas hubieran sido procesados, encarcelados y después hallados inocentes, y como tales, absueltos: con tal que en uno y otro de estos casos hubiera el juez declarado que se debía esta indemnización, en cierta cantidad liquidada y tasada, y con tal que cuando fuera el reo ó el deudor declarado de dicha indemnización el que la debiera, el dañado hiciera constar que había usado de toda diligencia para ser satisfecho con el patrimonio de aquél.

§ 555.

Pero esta reparación no debería ser jamás acordada cuando la persona lesionada ha sido ella misma la causa,

por su propia culpa, del delito por que sufre. Esta idea se refiere á la doctrina según la cual no se debe reparación civil á la persona dañada, si se la puede reprochar el haber sido la causa del daño que experimenta: así, por ejemplo, cuando el herido por una grave provocación ha impulsado al agresor á herirlo. De ahí nace la teoría de la *compensación* del dolo con la culpa (1).

(1) L. 10, *Dig.*, *de compensat.*;—L. 36, *Dig.*, *de dolo malo*;—L. 154, § 1, *Dig.*, *de reg. jur.*;—L. 39, *Dig.*, *soluto matrimonio.*

§ 556.

A falta de esta instituciún de la reparación *subsidiaria*, se debe al menos sentar el principio de que la persona lesionada encontrará en los bienes del culpable una satisfacción privilegiada y preferida á los derechos que tiene el fisco por las multas y los gastos.

§ 557.

La acción civil pasa á los herederos y contra ellos. La obligación á la reparación civil admite *fiadores*.

§ 558.

Esta obligación, como tiene una causa completamente distinta de la reparación penal, debe nacer de la ley, sin que sea necesario que la persona dañada haga una demanda con ese objeto al juez del crimen, ni que éste la pronuncie. El delito es un hecho civilmente obligatorio en virtud de la ley.

§ 559.

Se ha dicho que á la *acción penal* no corresponde u-

na obligación en el culpable, porque habiendo inspirado la naturaleza al hombre una invencible aversión al sufrimiento, no se puede concebir lógicamente un *compromiso* para sufrir un mal. De ahí ha resultado que se ha llegado hasta asimilar á los derechos *imperfectos* el que tiene la sociedad de castigar á los culpables, y han sido imaginados numerosos sistemas para resolver este problema.

§ 560.

No me parece que pueda encontrarse ninguna semejanza entre un derecho *imperfecto* y un derecho *exigible;* ahora bien, el derecho de castigar es para la sociedad indudablemente *exigible.*

§ 561.

Si es cierto que repugna al hombre someterse á un mal, esto trae consigo la consecuencia de que se niegue en el culpable la obligación de *obrar* para ser castigado por su delito, pero no conduce á negar la obligación de *sufrir.* No es esta una obligación *positiva,* que obliga á hacer, sino una obligación del género de las que los publicistas llaman *negativas:* tales son las obligaciones que vinculan á todos los hombres hacia el hombre, con relación á sus derechos *originarios.* Nadie está obligado, en virtud de la simple relación de hombre á hombre, á obrar de modo que los otros gocen de estos derechos y los ejerzan; pero todos están obligados á no oponerse á los demás, y á no impedirles el uso y goce de esos derechos (1). Ahora bien, el derecho de castigar debe precisamente ser considerado como un derecho *originario* para la sociedad civil. Es de tal manera *contemporaneo* é inseparable de ella, que sin él no podría concebirse una sociedad civil, puesto que la razón de ser de ésta y

su fin primero consisten en la protección del derecho (§ 607) y por consiguiente en el castigo del culpable, único medio de ejercer completamente esta protección.

§ 562.

La primera proposición conduce á la consecuencia de que no se puede contar como un nuevo delito lo que el culpable hace para sustraerse á la pena, de un modo puramente *negativo* (y se pueden considerar como tal el hecho de ocultarse y la fuga sin violencia, § 2821); con tal que al sustraerse así, por un sentimiento natural al mal que le amenaza, no ejecute ninguna *acción directa* contra la sociedad. Es por esto por lo que encuentro demasiado rigurosa la disposición de algunos códigos modernos que han calificado como circunstancia agravante la *denegación* (falta de confesión) del acusado.

(1) Haus, *Doctrina juris naturalis*, § 68.

§ 563.

La segunda proposición lleva consigo la consecuencia de que se puede y se debe imputar al culpable como un nuevo delito (y precisamente como un delito contra la justicia pública) todo lo que traspasa la simple resistencia *pasiva*. Así, el culpable viola el derecho que tiene la sociedad de castigar, si corrompe al juez, si lucha contra los agentes, si por medio de falsos documentos ó de falsos testigos engaña ó intenta engañar á los magistrados.

§ 564.

Así, pues, á la acción penal que pertenece á la sociedad, corresponde, no una obligación *positiva*, sino, u-

na obligación *negativa* que representa un *deber* verdadero y propiamente dicho, no solamente *moral*, sino también *civil.*

§ 565.

Las dos acciones que nacen del delito son en su ejercicio *independientes* (1) la una de la otra. En efecto, aunque tengan de común la *causa* ocasional, esto es, el hecho culpable, tienen una causa *jurídica* distinta, pues nacen de la lesión de *derechos diferentes* y tienen un *fin* distinto.

(1) La independencia de las dos acciones es tal que debemos admitir que aun un culpable *absuelto* en cuanto á la acusación criminal puede, según los casos, ser condenado á las reparaciones civiles. (Morin, *Journal du droit criminel*, nº 7821).

§ 566.

La primera consecuencia de esta proposición es que las dos acciones pueden intentarse simultáneamente: la de la persona lesionada ante los tribunales civiles, para sus indemnizaciones; la de la sociedad ante los tribunales criminales, para corregir la represión.

§ 567.

Sin embargo, cuando este doble movimiento se produce, una regla racional exige que se dé curso á la acción penal *previamente* á la acción civil.

§ 568.

Esta regla sufre una restricción cuando la acción *penal* encierra una cuestión *prejudicial* de la competencia exclusiva de los tribunales civiles. En tal caso la

acción criminal se suspende en tanto que los tribunales civiles no hayan resuelto la cuestión civil.

§ 569.

La segunda consecuencia de esta proposición es que, del mismo modo que la sentencia de absolución pronunciada por el juez civil en la acción intentada por la parte lesionada contra el delincuente, no puede perjudicar la acción penal que pertenece á la sociedad, así la sentencia de absolución pronunciada en la acción penal entre el ministerio público y el delincuente, no perjudica la acción civil que pertenece á la persona dañada, cuando ésta no ha sido *parte* en el juicio criminal y aun cuando haya interpuesto queja ó hecho una denuncia, pues aunque en los dos juicios haya *identidad de causa*, no hay *identidad de efecto* ni *de persona*. (1)

(1) Robert, *Diritto penale*, I, p. 310. Sobre la influencia respectiva del juicio criminal y del juicio civil, véase Bidart: *De l' autorité de la chose jugée au criminel*, y la disertación de Beudant, inserta en la *Revue critique*, vol. 25, p. 492.

§ 570.

No puede decirse que la cosa juzgada cambia en verdadero aun lo que es falso, pues una sentencia de absolución al criminal no proclama como verdad la inocencia del acusado, sino la insuficiencia de las pruebas recogidas para someterlo á un castigo.

§ 571.

Tampoco puede decirse que la sentencia criminal de absolución *tenga la autoridad de la cosa juzgada* con relación á la *acción*, pues la acción con respecto á la cual

tiene esa autoridad es la acción penal, y no la acción civil que no había sido propuesta.

§ 572.

Finalmente, no puede decirse que la sentencia liga á las *partes*, ni pretenderse que el ministerio público, al representar á la sociedad, haya representado en el proceso criminal, con todos los ciudadanos, á la persona lesionada; en efecto, esta ficción sutil imaginada por Merlin no tiene solidez, si se reflexiona que el ministerio público representa á los ciudadanos en cuanto á la *pena*, pero no en cuanto á sus intereses privados *patrimoniales*.

§ 573.

La tercera consecuencia de la regla arriba (§ 565) enunciada es la de que, del mismo modo que la *reparación* hecha en provecho de la persona dañada, ó la *remisión* concedida por ella, extinguiendo la acción civil, no perjudican en nada la acción penal en los delitos que dan lugar á una acción pública, así también la *expiación* de la pena ó la *remisión* que de ella se hace por la gracia, no perjudican en nada la acción civil.

§ 574.

La cuarta consecuencia de esta independencia es que la *prescripción* de la acción penal no perjudica la acción civil que se quisiera intentar ante los tribunales civiles (1) y recíprocamente.

(1) Lo contrario ha sido sostenido por Merlin, y se encuentran dudas sobre este punto en Berger, *Electa juris criminalis*, *obs.* 71;—Jousse, *Justice criminelle*, I, 600;—Carnot, *Code pénal*, I, 52;—Mangin, *Accion pu-*

bliquè, 355, 367;—Vazeille, *De la prescription*, 595;—Rauter, *Droit criminel*, nº 353;—Trebutien, II, 161;—Marcadé, art. 2280, nº 5.—La persistencia de la acción civil á pesar de la prescripción de la acción penal es sostenida por Nicolini, *Procedura penale, partie* I, nos. 871 á 883.

§ 575.

La *prescripción* se rige, en cuanto á la acción civil y en cuanto á la acción penal, por principios esencialmente diferentes: la prescripción penal emana de principios de orden público principal, y la segunda de principios de orden público secundario. Estas dos acciones son dos seres jurídicos completamente distintos. No puede, por consiguiente, reconocerse una paridad de razón de efecto á efecto, ni admitirse que la existencia de una de estas acciones sea absolutamente incompatible con la extinción de la otra.

§ 576.

La prescripción en materia civil es una *excepción;* en materia criminal es un *medio político* de extinguir las acciones. La parte puede *renunciar* á la prescripción civil; pero no puede renunciar á la penal, y el juez debe suplirla. La prescripción civil parte de una presunción de negligencia, y de la idea de que es necesario castigar á los negligentes y á los que por malicia difieren adrede el intentar la acción para hacer más dificiles las pruebas que pudieran hacerla frustrarse. La presunción de incuria es extraña á la prescripción penal, y así es un verdadero error aplicar á las prescripciones penales la regla *contra non valentem agere*. Si el tiempo en materia penal extingue la acción, es porque hace más difícil la justificación del inocente y porque además hace *cesar el daño social*, gracias al olvido presunto del delito: olvido cuyo resultado es borrar la impresión moral que el delito ha producido, sea en los buenos ciudadanos, cuyo te-

mor ha cesado, sea en los malvados, con respecto á los cuales el mal ejemplo no tiene ya influencia. Habiendo cesado el daño social, la reparación penal se vuelve inútil; pero el daño privado puede subsistir, y deben aplicársele las reglas especiales concernientes á los derechos puramente privados.

§ 577.

Los efectos *jurídicos* del delito tienen, como todas las cosas de este mundo, su modo particular de *extinción*. La acción civil se extingue de todos los modos como se extinguen las obligaciones civiles: modos *naturales*, modos *jurídicos*: esto toca al civilista. La acción penal también se extingue por modos *naturales* y modos *políticos*. En lo tocante á los modos *naturales*, hay una gran diferencia en las dos acciones en cuanto á la *muerte* del autor de la ofensa: ella no extingue la acción *civil*, pero extingue la acción *penal*, porque la pena no puede ser trascendental (§ 647).

§ 578.

Los modos *políticos* son aquellos por los cuales la ley extingue le acción penal aun cuando no haya alcanzado su fin y aun cuando todavía le sea posible lograrlo. Tales son la sentencia *absolutoria*, el *indulto* soberano, la *remisión* en los delitos que no dan lugar á una acción privada, y la *prescripción*. Si la sentencia *absolutoria* extingue la *acción* criminal, es únicamente por respeto al principio político de la autoridad de la cosa juzgada (1); y el *indulto* (bien diferente de la *gracia*) tiene por única razón la utilidad general de la sociedad, la cual en ciertos casos encuentra más ventajas dejando impune al culpable.

(1) En tanto que uno se limita á enunciar ciertas reglas generales (por ejemplo, la regla *non bis in idem)* el asunto parece muy fácil; pero cuando uno pasa á las aplicaciones, resultan divergencias. Nadie contradice abiertamente el que un ciudadano absuelto una vez en cuanto á cierto delito, no pueda ya ser inquietado por el mismo delito; pero, aun aceptando el principio, se pretende eludirlo ó destruirlo distinguiendo el *hecho* y el *título*, y en presencia de tentativas de esta naturaleza, la jurisprudencia no está todavía bastante firme. Se ha sostenido que una joven absuelta de la acusación de *infanticidio* debía ser de nuevo llevada á juicio por la acusación de *homicidio por imprudencia*, en razón del mismo hecho; pero la Corte de Casación de Francia (24 setiembre 1863) ha rechazado esta pretención). Después de una acusación de *tentativa de asesinato* seguida de absolución, se ha querido intentar contra la misma persona una acusación de *heridas;* y la Corte de Casación francesa (29 de agosto de 1863) la ha rechazado. Pero un acusado de *atentado al pudor*, que había sido absuelto, fué en seguida perseguido de nuevo por el mismo hecho bajo el título de *excitación al libertinaje*, y la Corte de París (30 de setiembre de 1863) decidió que la cosa juzgada no era un obstáculo para tal persecución. Esta decisión ha sido criticada por Morin en su *Journal de droit criminel*, nº 6045. Además se ha distinguido entre el hecho que ha permanecido *igual* y el hecho al cual se ha añadido posteriormente alguna otra circunstancia, y fundándose en este adminículo se ha querido eludir la cosa juzgada: Casación, 5 de febrero de 1863 (Morin, nº 7705, pag. 318); lo cual, si fuera admitido como regla general, sería, en último análisis, conceder lo más después de rehusar lo menos. Muy distinta es la cuestión de saber si el juicio criminal que absolviendo de la persecución ha decidido un punto de hecho ó de derecho, tiene sobre este punto fuerza de cosa juzgada respecto á otros *hechos semejantes* cometidos posteriormente (Morin, nº 7861); aquí se podrá bien invocar la sentencia absolutoria como causa de la *buena fe* del reo en el hecho posterior, pero no como cosa juzgada que le da licencia perpetua para repetir en lo sucesivo los mismos hechos (Morin, nº 7547). Si no se trata de hechos posteriores, sino del hecho mismo sobre el cual ha recaído la sentencia absolutoria, no podría yo jamás admitir que se pudiera reiterar la acusación, ni bajo el pretexto de circunstancias nuevamente descubiertas, ni bajo el de una calificación jurídica errada de la primera acusación (véase Morin, nº 7856), aunque la nueva circunstancia ó el nuevo título que se quiere objetar, hubiera de producir un cambio de competencia.—Con tales sutilezas quizá se inquietaría á un ciudadano diez veces por una sola accion, aun cuando dos ó más tribunales hubiesen declarado que no es él el autor del hecho, ó que éste es un acto inocente.

§ 579.

La *prescripción* de la *acción criminal* (cuyo término varía según la gravedad de los delitos) está admitida por todos los autores y por todas las legislaciones (1). Aun aquellos que, como Bentham, rehusan tomar en conside-

ración la cesación del daño social, admiten no obstante la prescripción á causa del gran embarazo en que de lo contrario se encontraría el inocente, porque la tardanza de la acusación haría difícil y aun algunas veces imposible su justificación. La prescripción de la acción penal comienza á correr, según algunos, desde el dia del delito (2), según otros, desde el día del *último acto de persecución* ejecutado por el funcionario público contra el culpable (3). En el segundo sistema, la prescripción puede ser interrumpida por actos de procedimiento: no admite causas de *suspensión* (Labroguère, *Questions sur la prescriptión, question* 6) por la sencilla razón de que lo más excluye lo menos. Pero el sistema de la interrupción repugna á la justicia y no es aceptable.

(1) Véase Bertauld, lección 25. Ortolán ha dicho con mucha justicia (*Revue critique*, vol. 24, pag. 204) que la prescripción de la acción penal no proviene del legislador: "Es la marcha inevitable del tiempo la que modifica ó hace desaparecer los recuerdos humanos, los elementos de prueba, y la que quita de manos de la sociedad el derecho de castigar". Pero la razón deducida del peligro que corre el inocente es la que convence más, y la que más empleada ha sido por los publicistas sabios: Thomasio, *Dissert. de præscriptione bigamiæ*, § 4.

(2) Recientemente Ortolán ha tratado á fondo (*Revue critique*, tomo 24, pag. 206) la cuestión de saber si el día del delito debe contarse en el tiempo de la prescripción; por ejemplo, la prescripción es de un año y el delito ha sido cometido el 10 de mayo, ¿se cumplirá la prescripción el diez de mayo del año siguiente, ó bien desde la expiración del 9? Mangin, (*Action publique*, nº 319) era de parecer que se comprendiera en el término el día del delito. La Corte de Casación, al contrario, en materia de delito de caza, había decidido (10 de enero de 1845) que se debr excluir aquel día.—Ortolán sostiene esta opinión como la mejor fundada, por medio de los argumentos siguientes: 1º El día del delito hace nacer la acción, y el cumplimiento del término la extingue: por tanto, si aquel día se contara en el término, se adicionarían cosas contrarias. 2º Cuando se mide una distancia á partir de cierto objeto, la extensión de este objeto no está comprendida en la medida: asi, por ejemplo, cuando se dice: á 20 pasos de la casa, los 20 pasos se miden á partir del muro exterior de la casa, y no se comprende el cuerpo de ella en la medida. Estos dos argumentos me parecen muy sólidos. Añade además: 3º Que si la ley cuenta por horas ó por minutos, la hora ó el minuto del delito no deberá ciertamente ser comprendido en el término de la prescripción. Pero este tercer argumento hace dudar de la bondad de los otros dos. En presencia de una ley que cuenta por horas y por minutos, no hay nunca temor de que el término se prolongue, en perjuicio del acusado, más allá de lo prefijado; pero cuando la ley cuenta por

días, el término se prolonga ó se abrevia inevitablemente. Supongamos el delito cometido el diez de mayo á medio día. Si se hace entrar el día del delito en el tiempo de la prescripción (que por ejemplo es de un mes) el culpable prescribe en 29 días y 12 horas. No existe, pues, la paridad de razón sobre que reposa el tercer argumento del ilustre profesor. Pero, aparte de esta observación, creo que la opinión de Ortolán, rigurosamente hablando, es la más exacta, pues en presencia de una ley que exige 30 días para la prescripción, se va contra la voluntad de esta ley haciendo prescribir en 29 días y 12 horas. Si al contrario se hace prescribir en 30 días y 12 horas, no se contraría la ley que exige 30 días, por la simple razón de que 29 días y 12 horas no son 30 días.

(3) No tomo en cuenta una tercera opinión que está hoy desacreditada. Algunas personas han pensado que la prescripción de la acción penal debe comenzar á correr desde el día en que *se descubre* el delito; lo que volvería la acción penal eventualmente *perpetua*. Esta idea tiende á la introducción errónea de la regla civil *contra non valentem agere*, que en materias penales está completamente destituida de significación jurídica. En presencia de los principios fundamentales, no es dudoso que la máxima *contra non valentem agere* ó *contra ignorantem non currit præscriptio*, carece de toda razón de ser en materia de delitos en los cuales la prescripción no tiene por causa jurídica la idea de castigar á los negligentes, sino un principio de orden superior, y el deber de proteger al inocente que á consecuencia del retardo vería imposible su justificación, cualquiera que fuera la razón por la cual el que debía obrar no ha obrado á tiempo. Sin embargo, se ha querido recientemente oponer á esta verdad una sutil restricción: se ha pretendido distinguir entre el impedimento de obrar que proviene del *caso fortuito*, y el que proviene de una *disposición de la ley*. Es justo, se ha dicho, que los accidentes, aun independientemente de toda negligencia, produzcan sus efectos para la persona en que recaen, pero cuando es la ley la que ha impedido por un tiempo la acción, se contradiria si, durante este tiempo, sometiera á la prescripción la acción á cuyo ejercicio se ha opuesto, y por consiguiente el obstáculo de la ley que prohíbe obrar, debe impedir también el prescribir. Se ha hecho uso recientemente de esta sutil distinción (al principio propuesta para el caso de un acusado que hubiera perdido la razón) para negar que la prescripción hubiera corrido en una acusación contra un Diputado al Parlamento italiano, que quedó suspensa esperando la autorización de la Cámara para perseguirlo. Yo acepto esta limitación como causa de *suspensión*, y la suspensión es suficiente: hacer de ella una causa de *interrupción*, sería ir más lejos de lo necesario, sería exhorbitante é injusto.

§ 580.

El sistema según el cual los actos de procedimiento interrumpen la prescripción de la acción penal, no se apoya sobre ningún principio jurídico, introduce en la justicia práctica la tiranía de la más detestable arbitrariedad

y conduce á las más absurdas consecuencias, como lo demostraré en el § 718. La prescripción de la acción penal debe correr sin interrupción por el solo efecto del trascurso del tiempo; se puede solamente admitir que tiene intervalos de *suspensión*, cuando la imposibilidad de obrar deriva del *hecho mismo* del reo, como, por ejemplo, si opone que una acción prejudicial civil está pendiente, lo cual impide la decisión del proceso criminal. En tal hipótesis, es justo que se deduzca del tiempo requerido para la prescripción, el término durante el cual la justicia ha estado condenada á la inacción á causa de la excepción opuesta por el reo, tal vez imaginada maliciosamente para esto. Pero esto no es una *interrupción*, sino una simple *suspensión*, pues no obliga á volver á comenzar un nuevo período: teniendo como bueno el período ya trascurrido, permite adicionarlo con el nuevo período que ha de comenzar á correr á la cesación de la causa de suspensión.

§ 581.

Los modos *naturales* de extinción de la acción son los que hacen, ó bien que se vuelva imposible que la acción alcance su fin, como la *muerte* del culpable (1), ó bien que ella alcance ese fin, como la sentencia de *condenación definitiva*, que hace nacer una nueva acción, la *actio judicati*, contra el delincuente. Después de la condenación definitiva no queda más que la *ejecución*.

(1) Es necesario reconocer en la muerte del culpable una causa de extinción de la *acción penal*, cualquiera que sea la influencia de este hecho sobre la *acción civil*. Se puede ver, acerca de esto, el artículo de Ubexi, en la *Revue critique*, tomo 25, p. 517. La muerte extingue la acción aunque suceda después de la sentencia respecto á la cual esté pendiente una providencia de casación: Corte de Casación de Francia, 27 de enero de 1860, 18 de diciembre de 1862, 15 de enero y 5 de febrero de 1863. Respecto á la extinción de la *pena*, se ha pretendido distinguir entre la pena *corporal* y la pena *pecuniaria;* distinción enteramente fiscal é injusta que confunde las penas *pecuniarias* con las *indemnizaciones*.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ERRATAS NOTABLES.

Página.	Línea.	Dice.	Léase.
27	20	preveemos	prevemos
29	26	heeho	hecho
40	27	dañosa	dañoso
43	20	objeto	sujeto
44	10	constiuyen	constituyen
146	2	espíritu	principio
165	14	las	los
168	22	netre	entre

INDICE DEL TOMO PRIMERO.

Páginas.

SECCIÓN PRIMERA.

Del Delito.

